

خاتون

بیت

و قد کما فی

فی

فی

فی

فی

فی



32101 073381947

Princeton University Library

This book is due on the latest date
stamped below. Please return or re-
new by this date.

--	--

محاضرات في فقه الإمامية
كتاب البيع
القسم الأول

أنفق على طبع هذا الكتاب
العلامة الحجة السيد محمد علي الميلاني

محاضرات في فقه الامامية

كتاب البيع

القسم الأول

لمرجع الطائفة وفقه أهل البيت
آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني
قدس سره

جمعها وعلق عليها
فاضل الحسيني الميلاني

(ARAB)

KBL

. 1454

qism 5





بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه
وأشرف بريته محمد وآله الطيبين الطاهرين، واللعن الدائم على
أعدائهم أجمعين، إلى قيام يوم الدين.

وبعد، هذا هو الجزء الخامس من المحاضرات التي ألقاها
سيدنا الجد قدس سره في فقه الامامية على طلبة الدراسات العليا
في الحوزة العلمية لمشهد المقدسة، ويتضمن كتاب البيع.

علماً بأن المتن الدراسي هو كتاب (المكاسب) للشيخ الأعظم
الأنصاري قدس الله نفسه الزكية.

ومن الله استمدّ العون لاعداد سائر الأجزاء للطبع، خدمة
للمحققين والفضلاء.
مشهد المقدسة

فاضل الحسيني الميلاني

بسم الله الرحمن الرحيم

تعريف البيع :

قال الشيخ الأنصاري قدس سره :
«كتاب البيع - وهو في الأصل ، كما عن (المصباح)»^(١) : مبادلة مال بمال .

أقول : ان لفظ البيع في المقام ونحوه اسم جامد^(٢) ، وليس هو المصدر المشتعل على السبئية الناقصة^(٣) والظاهر أنه كذلك في

(١) المصباح المير للغيومي ، مادة ب ي ع

(٢) فاسيع معامته اشياء تكون بين اثنين نحو معاوضه في ملكيه

اما قولنا (معاملة) فهو في كل العادة اسمي سوقف يرتب الأثر عليها على الاتساق بها بقصد القرية ، إذ لا يتوقف يرتب الأثر في لمعامته على قصد بخره وبعبارة أخرى المعاملة ما يرتب الأثر عليه بمجرد الوجود الخارجي ، فإن اقترنت بقصد القرية استمرت الثواب ولا فلا يصير أما العادة فهي تعصي حصول الأثر مشروطاً بقصد القرية

وأما قول (اشياء) فهو في كل التوصلات لي يطلق عليها معاده بالمعنى الأعم ، كعمل اليد

وأما قول (تكون بين اثنين) فهو للاختار عن الوقف بعام و بيمين وهو (بحو لمعاوضه) بخرح ما لم يكن معاوضياً كالتهدية وقولنا (في لملكه) لاختار ما كان معاوضه في الملك كالهبة المعاوضة ، فإنه تعليق في قال تعليق

(٣) أن السع المصدر في لذي بشره (ب ع وبيع) مشتمل على اله الناقصة =

به «أحل لله بيع»^(١) وأيه «رجال لا تلهيهم تحدة ولا بيع عن ذكر الله»^(٢) وكذا في قوله عليه السلام «فإذا افترق وحب البيع»^(٣) إلى غير ذلك.

إشكال المحقق الأحوند، وحوابه

وقد أشكل على تعريف (المصاح) جماعة مهم العلامة الخراساني حيث قال:

«التعير بالمادة لا يحلو من مسامحة وحقه أن يقال تدبيل مال بمال فإنه فعل الواحد لا الاثن»^(٤)

وفيه أولاً - إن ما ذكره يعم ما إذا بدل الإنسان من نفسه بغيره الآخر في الاستعمال والاستفادة منه، بخلاف التعير بالمادة، فإنها تعيد أن البدل ما كان للغير، وبذلك لا يستلزم إلا بصيرورته مالاً للبايع.

وثانياً: ليس البدل في البيع مثل بدل التالف وبدل الحيولة حتى يكون فعل الواحد بالأصالة إلى غيره، بل البايع يأخذه والمشتري يعطيه^(٥).

^(١) وهي نسبة المرحوم إلى موضوعه أم في المقام فلم ينحط في بيع الإنسان إلى لفعل، ويعهم ذلك من الاستعمالات في المصوح المذكورة في المتن

(١) سورة البقرة / ٢٧٥

(٢) سورة النور / ٣٧.

(٣) الوسائل - كتاب التجارة - باب ١ من أبواب المحار. الحديث ٤

(٤) أي أن البدل متمم في ما يدفعه المشتري، وما يدفعه البايع ليس بدلاً

(٥) توصيحه صحيح أن ما يدفعه المشتري هو لبدل، لكنه يتقوم بطرفين: ساع

يأخذ البدل، والمشتري يدفعه، فيصح إطلاق المادله عليه

وثالثاً. إن منشأ الإشكال ما تداول من قولهم المفاعلة ما كانت بين اثنين فيتراعى من ذلك صدور المبدأ منهما، وليس الأمر كذلك كما أفاده شيخنا الأستاذ الإصفهاني (قدّه)، فإن هيئة المفاعلة إنما وصفت للدلالة على صدور المبدأ من الفاعل وتعدّيه إلى الغير، كما في قولك: فلان خاطب امرأته، أو طاهر زوجته، أو يراثي في عمله، وتقول: ساعده الله، أو عاضه الله بمضغه، إلى غير ذلك. وفي القرآن المحيد. «يرثون الناس»^(١) «ويؤثون من حادّ الله»^(٢).

والفرق بين هذه الهيئة وهيئة (فعل) أن الثانية لمحرد انتساب المبدأ إلى الفاعل نحو من أبحاء القيم أو الحلول أو الصدور، من دون دلالة على الانتساب بالغير، وإنما يفهم ذلك بالدلالة الالتزامية إذا كان المبدأ متعدياً

وبالجملة قضية صدور المبدأ من الاثنين ليست مفاد هيئة المفاعلة، بل إنما هي مفاد هيئة التصاعل، فيقال تصارب زيد وعمرو، أو مع عمرو، أو تصاربا. ولا يحوز ذلك هي المفاعلة، وإنما يقال فيها ضارب زيد عمرواً.

والحاصل أنه إذا كان المبدأ صادراً من طرف واحد أو لم يتعلق العرض إلا بإعادة صدوره من طرفه فقط تستعمل المفاعلة، وأما إذا أريد إعادة صدوره من الحاسين فلا بد من هيئة التصاعل

(١) سورة نساء / ١٤٢

(٢) سورة لمجادة ٢٢

مناقشتنا للمحقق الاصفهاني

ثم ان شيخنا (فده) بالنظر إلى أن الهيئة الواحدة لا يعقل أن يكون لها مدلولان، فلا يمكن أن تعيد هيئة التفاعل بسبب الصدور إلى الاثنين قال: «إن معاد هيئة التفاعل نسبة خاصة لها طرفان، فهذه التصارب ما يعترعها بالعربية بقولهم: بهمردن، وهذه نسبة متقومة بطرفين»^(١).

ويتوخه عليه أن طرفي النسبة إما هما العرص وموضوعه لا الشحصان والمفهوم من هيئة التفاعل نسبة كل من الحدثين إلى فاعله، فلا يتعقل ما ذكره، مضافاً إلى أن مثل ما ذكره في صيغة التصارب لا يتمشى في سبب الصيغ

والتحقيق أن المسبب إليه في صيغة التفاعل هما الإثنان سحو المعية والوحدة، وهيئتها تدل على النسبة بين المبدأ وهذا الفاعل الواحد وحدة اجتماعية، ولأرم ذلك قهراً تعذبه في تحققه خارجاً.

المبادلة في الملكية أم الحال؟

لما كان التعبير بالمبادلة هو الذي يفيد البديله في الملكية^(٢)

(١) بوضوحه أن يستطيع أن يعرض في صيغه (المفاعل) تصارب ريد وعمرو - تصارب ريد مع عمرو ريد وعمرو تصاربا أما صيغه (المفاعله) فلا يصح إلا تصارب زيد وعمرواً

وحيث أن الهيئة الواحدة يفيد نسبة واحدة، اضطرت لمحصن الاصفهاني (فده) إلى القول بأن معاد هيئة التفاعل نسبة خاصة لها طرفان.

(٢) بخلاف ما لو كان يعترع بالتبديل، فإنه يعبر ما لو كان التبديل في الاستعمال

رسموه

فهل المبادلة تتمحصر في جعل ما هو طرف لإضافة الملكية بدلاً مع بقاء الإضافة على حالها عساراً، أو هي في المصاف بوصفها العواني أي فيه بما له من الإضافة؟^(١) التحقيق هو الثاني، لكن شيخنا الأستاذ الثاني كان يقول بالأول بتقريب. أن الملكية إضافة خاصة هي كالحبل الذي بيد شخص مشدوداً بالمعوص، وبليغ يحلّ موضع الشدّو يعقده على المعوص والحل باق على حاله، فالمبادلة في طرف هذا الحل المشدود به، بعكس الوراثة فإن المبادلة فيها في طرف الحل المتصل بالشخص أي من كان الحل بيده^(٢).

ويتوخّه عليه أن الإضافة تتشخص بطرفي، ويستحيل بقاؤها مع ارتفاع أحدهما^(٣) وإنما يحدث مثلها بحدوثه، واعتبار بقائها حينئذ إعتبار أمر مستحيل مصافاً إلى انتفاص ما أفاده بالسلم والنسيئة، فإن المثلث في الأول والمثلث في الثاني لم يكن يتعلّق به

- (١) لما كانت الملكية جهة إضافة عربية خاصة، فتشخص اندي بمثلث مالا، عند التحليل توجد ثلاثة أركان
المالك : وهو المضاف إليه
المال : وهو المضاف.
له بينهما وهي الإضافة
والآن سأل هل سيع تبديل الملكية (الإضافة)، أو تبديل المضاف؟
(٢) وهو المضاف إليه
(٣) لأن الإضافة بعدم ناعدم أحد طرفيها (كالاعراض)، وقد يستحل المال المعوص من موضوع إلى موضوع آخر

إضافة المكتبة لأحد قبل البيع^(١) حتى يتصور تبديل طرف الإضافة.

وكان شيخنا (قدّه) يصحح ذلك بأن الكلى يقع طرفاً للإضافة في رتبة البيع وإن لم يكن طرفاً لها قبله لكنك خير بأن هذه الرتبة أيضاً لا تضاف إلى من يتعامل عليه بل إلى صاحبه.

والحاصل. أن المادلة هي إحداث مصاف بدلاً عن مصاف، سواء كان البيع بقداً أو سلماً أو سيئة.

احتصاص المعوض بكونه عيناً
قال الشيخ الأنصاري (قدّه)

«والظاهر احتصاص المعوض بالعين، فلا يعم إبدال الموضع بغيرها. وعليه ستقر اصطلاح الفقهاء في البيع»

أقول. هـ. الاستظهار من لفظ البيع بحسب مفهومه في العرف العام، وكأنه اعترض على تعريف (المصاح) حيث عثر بالمال في كل من المعوض ولعوض، وهو يعم العين والمنفعة^(٢).

(١) لأن يشمل في البيع، وليس في الهبة كمي، ويكفي له مائة في حد ذاته دون الانتساب إلى شخص، وحيث لا يضاف ملكة من حصول البيع في المثالين، فلا يتصور تبديل طرف الإضافة

وهذا الجواب نقضي، بعد أن كان السابق حلياً

(٢) لأن المال ما يعبر به بنفس، وهو ما يبدل بآرائه بعوض، وعلى التعريف يشمل العين والموضع معاً في عوض فلا يضر بكونه منفعة، ولكن المعوض لا بد أن يكون عين فكأنه يصحح تعريف (المصاح) بكون هكذا بيع مائة عين بمال

ثم إنه استدلَّ على ذلك بالتأدير، وصحَّة سلب البيع بما به
من المصهور عن تملك المنفعة ومادلتها

وربما يستدلُّ بأن البيع قسيم للإحارة وهي تملك المنفعة،
فهو تملك للغير

وفيه - أن الإحارة ليست كذلك لتعلقها بالغير^(١)، فإنه يقال
أحررتك الدار أو الدابة ونحو ذلك، بل هي جعل العير في يد الغير
وتحت سلطنته لأن ينفع بها بعوض^(٢)، في قال العارية فإنها
كذلك لا بعوض.

والحاصل أن المدار على ما ذكر من التأدير وصحَّة السلب،
فإن تمَّ ذلك كانت المقارنة بين البيع والإحارة، بأن الأول جعل
العير في يد الغير وتحت سلطنته بقول مطلق، والثاني جعلها
كذلك في جهة الانتفاع فقط

ثم إن المراد من العير ليس هو المرحود الشخصي في
المحارح، بل ما يقابل المنفعة والحق، فتعم الكنى في الدمة لدى
يباع في السلم كما هو واضح.

استعمال البيع في نقل المنفعة:

قال الشيخ الأنصاري:

(١) لقد ألقى سيدنا الجدل قدس سره في محاضرة في مشهد في بحث (الإحارة)
وقد تخرج عن يده في ذلك البحث بعض المحول من المدرسين وفتها، وبعث به في
لجميع شتات ما بقيت الأسوة محتضمة به من هذا الأمر بقوله وعلى كل حال فقد أثبت
سيدنا الجدل هناك أن إحارة بعير ما هي لا بمنفعة

(٢) والمقصود أن به أن يبيع يهود أنه يكتن بالفعل حسب اختياره

«نعم، ربما يستعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها بل يظهر ذلك من كثير من الأحبار، كالحر الدال على حوار بيع خدمة المدبر، وبيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها، وكأحبار بيع الأرض الحراخيه وشرئها واطهر أنه مسامحة في التعبير»

أقول: أما الخبر الأول فهو: -

١ - ما روه السكوني عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن عبي عليه السلام «باع رسول الله صلى الله عليه وآله حديقته وأمه حديقته المدبر، ولم يبع رقيقته»^(١).

٢ - وما رواه أبو مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال «سئل عن الرجل يعتق حاربه عن دبر أبطؤها إن شاء، أو يبيحها، أو يبيع خدمتها حياته؟ قال أي ذلك شاء فعل»^(٢).

٣ - وما روه أيضاً عن رجل أعتق حارية له عن دبر في حياته قال عليه السلام: «إن أرد أن يبيعها باع خدمتها في حياته، فإذا مات أعتقت»^(٣).

وأما الحر الثاني فهو ما رواه اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام قال «سألته عن رجل في يده دار ليست له،

(١) لوسائن - كتاب المدبر - باب ٣، الحديث ٤ قال بعلامه بحلي في (المختلغ) «يُحتمل بيع الخدمة على إحاربه فيها في الحقيقه بيع المصاع مدة معينة، فإذا بقص المدة حار أن يؤخره أخرى، وهكذا مدة حياته وحمل ابن دبرس بيع لخدمة على الصلح مدة حياته.

(٢) الوسائل - كتاب التذبير - باب ٣، الحديث ١

(٣) الباب المتقدم، الحديث ٣

ولم ترل في يده ويد آتائه من قبله، قد أعلمه من مصي من أدته
 أنها ليست لهم ولا بدرون لمن هي؟ فيبيعها ويأخذ ثمنها؟ قال
 عليه السلام: ما أحت أن يبيع ما ليس له قلت: فإنه لا يعرف
 صاحبها ولا يدري لمن هي، ولا أظنه يحيي لها رت أداً قال
 ما أحت أن يبيع ما ليس له قلت: فيبيع سكاها أو مكابها في يده
 فيقول: أبيعك سكاى فتكون في يدك كما هي في يدي؟ قال:
 نعم يبيعها على هذا^(١)

ولعل حوار تملك السكى من أجل أن الدار كانت رقى لمن
 مضى من جدّه الأعلى ودريته فكانت السكى حقاً له ولهم.

وأما الحر الثالث فهو ما رواء أبو ردة بعد السؤال بقوله.
 كيف ترى في شراء أرض الحراح؟ قال: «من يبيعها؟ هي أرض
 المسلمين. قلت: يبيعها الذي في يده، قال يصنع بحراح
 المسلمين ماذا؟ ثم قال: لا بأس أن يشتري حقّه فيها ويحوّل حقّ
 المسلمين عليه».

ثم إن استطهار التسامح في التعبير متى على ما قيل من
 اختصاص المعروض بالعين، وحشد يتوخّه أن يقال: أنه إذا لم
 يكر بيعاً فلا بد من المصير إلى كونه معاملة مستقلة دون أن يكون
 إحارة، فإنها - على ما عرفت - تتعلق بالعين، والمعروض في
 الأخير ذكر الخدمة والسكى والحق.

(١) الوسائل. كتاب لحرارة، باب ١ من بواب عقد البيع وشروطه، لحديث ٥

استعمال الإحارة في نقل بعض الأعيان

قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

«كما أن لفظ إحارته يُستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان كالثمرة على الشجرة».

أقول ليس بمرد استعمال الإحارة ابتداءً في تمتد الثمرة، فإنه لا يستعملها في ذلك أحد أصلاً^(١)، ولعلّه أراد إحارة لشجرة لتي عليها الثمرة بالفعل، فإن استعمال لفظها حينئذ مسامحة، وإن ما يمتد بالإحارة هو ما يتولد من العين، لا ما هو موحود بالفعل، لكن يظهر أنه أراد إحارة الشجرة قبل أن تثمر، ولحكم بمسامحة حينئذ متى على ما ذكرناه من أن الإحارة لنقل المنافع واستعمالها فيما يكون أثره نقل ليس كالثمرة لا بد وأن يكون تسامحاً.

قلت هذا المسمى غير صحيح، فإن الإحارة - كما تقدّم - عبارة عن جعل العين تحت يد الغير لأن يستفيد منها، وفائدة كل شيء بحسبه، فمن الدار السكنى، ومن الدابة الركوب، ومن الآية لأكل والشرب فيها، ومن الشاة نسي، ومن الشجرة الثمرة فلا يفرق في صحة الإحارة بين أن تكون فائدة العين المستأجرة عيناً حارحية أو أمراً عرضياً فلا تمتص الحاجة إلى تأويل صحة إحارة لمرصعة تكونها أحيرة للإصراع الذي هو فعلها، وإن لزم من ذلك تلف ليس بها غير صمد، وصحة الإحارة في الحما

(١) إشكال على نصير عبده الشيخ الأنصاري يثبت في كلام بعض الأكر

بالاستحمام فيه واستعمال الماء معو يكون تلف الماء أثراً لارماً له
بغير ضمان.

حواز كون العوص منفعة:

قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

«وأما العوص فلا إشكال في حواز كونه منفعة، كما في غير
موضع من (القواعد) و (التذكرة) و (جامع المقاصد) ولا يبعد عدم
الحلاف فيه نعم نسب إلى بعض الأعيان الحلاف فيه، ولعلّه
لما اشتهر في كلامهم من أن البيع لقل الأعيان وانطهر ارادتهم
بيان المبيع، بطير قولهم أن الإحارة لقل المبيع»

أقول وعن (مفتاح الكرامة) أنه «اعتبر بعض المتأخرين عينية
لعوصين في البيع، وهو وهم شأن من قولهم «بيع لقل الأعيان»

ويؤخّره على ما ذكره أن المنفعة هي عبارة عن قابلية العين
لأن يتنفع بها، وذلك أمر ذاتي فإنها حيثية الإعداد و السئية
لحصول النفع للمتنفع، وليس هنالك في قبال العين مال يجعل
عوضاً في الشراء^(١) وأما ما يتداول في الألس من أن السكنى
والركوب منفعة الدار والدنة، فذلك مما لا أصل له، ضرورة أنهما
عرضان يقومان بموضوعهما وهو النافع في المقام، والمستأجر في
باب الإحارة، ولا معنى لكونهما مالاً للمشتري أو الموخر

(١) ويشهد على ذلك أنه لا يضر ما ثبت من أن ما يمسح بالظرف من ماله
ومعنته وقد لا تحقق لاسطاعه نسب ماله غير المتصوره له في البيع
المتداوله، فلا يكفي بأن يوحده كذا ويصح، كذا لا يخرج عن نفعه نسب ذلك
النافع حيث أنها لا تحسب له أموالاً توجب عنه

والحاصل: أنه لا يصح جعل المنفعة عوضاً فإن الذي يوصف بها في الألس لا يملكه المشتري، والقبولية للائتماع أمر ذاتي مملوك تتبع العين لا يعقل تملكه محاراً عن تملك العين.

والتحقيق: أن ما يجعل عوضاً في البيع متى أريد هو الذي يقع في حيز الإحارة، وذلك تمكين الطرف المقابل من السلطة على العين للائتماع بها، أي جعل العين في يده لأن يستفيع على ما ذكرناه آنفاً، وهذا التمكين يرد عن المتاع في البيع، كما أن الأجرة في قبالة في الإجارة.

جعل العمل عوضاً في البيع

قوله. «وأما عمل الحر، فإن قلنا أنه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال، ولا فيه إشكال.». .

أقول. لتقييد بكونه قبل المعاوضة عليه، بالنظر إلى أنه بعده لا شبهة في مالتيه، فبمستأخر أن يجعل ما يملكه على أحيره عوضاً في البيع ثم إن الإشكال في عمل الحر: تارة من حيث عدم كونه مالاً أصلاً، وأخرى من حيث عدم كونه مالاً له مضافاً إليه بإضافة الملكية، وعلى كل تقدير ينبغي تعريف (لمصاح) ضرورة أنه يدل على اعتبار وقوع المداولة على المال، وظاهره كونه مضافاً إلى صاحبه بالملكية له.

أما الإشكال الأول فهو بلحاظ أن المالية صفة وحدوية لا بد من قيامها بأمر موحود، والعمل لا وجود له فلا يوصف بها وأيضاً لا يقال لمن يسوى عمله بلحاظ أن له أن يؤخر نفسه

إلى مدّة بمقدار يمكنه أن يحج به، أنه مستطيع. وكذا لا يقال أنه عني، ولا يصمن من يحسه حوراً بدل أعماله، ولا يحجر المملّس على أعماله.

والجواب عنه. أن الماليّة صفة اعتباريّة لا يلزم في موصوفها أن يكون موجوداً في الخارج فعلاً، ويكفي فيه إمكان أن يوحد فيصدق على عمل الحرّ أنه مال حيث أنه ممّا تميل إليه النفوس وتتصدّى لتحصيله بدل شيء في قتاله. وأمّا عدم حصول الاستطاعة والعنى وعدم الصمان والتحجير فلعدم إضافة المال إليه بإضافة الملكيّة، وموضوع تلك الأمور ما هو مال كذلك. والسّر في عدم هذه الإضافة أن الحرّ يملك عمله تكويماً، ولا معنى لاعتبار مالكيّته له^(١).

وأما الإشكال الثاني فهو بنحوه، لو استظهر من كلام (المصباح) أنه أراد المبادلة بين المالين بما هما مملوكان لصاحبهما لكن لا دليل على هذا الإستظهار، والتعريف صادق بإطلاقه على جعل الحرّ عمله بدلاً حيث أنه في حدّ نفسه مال، كما أن الكلّي يجعل معوّضاً في السّلم وعوّضاً في السيئة بلحاظ ماليّته في حدّ نفسه وإن لم يكن مملوكاً لأحد قبل المعاوضة.

وبالجملة لا يلزم اعتبار الملكيّة في الدليل قبل البيع، ويكفي

(١) ضروره أن الملكيّة الإعراسيّة إما تعقل فيما لا يكون الملكيّة حقيقيّة

صدق المائتة وكونه قابلاً لتملك فيصح أن يجعل الحر عمله عوضاً.

إن قلت: كيف لا يلزم اعتبار ذلك مع أنه لا يبيع إلا في ملك؟

قلت: معناه بقي البيع عمراً ليس له السلطة عليه أو نهي البيع عملاً لا يؤثر في الملك، والحر له السلطة على تملك عمله والشراء به، كما أن له السلطة على أن يبيع الكتي في دمه أو يشتري به، فليتدبر جيداً.

جعل الحق عوضاً في البيع:

قوله. «وأما الحقوق الأخر»

أقول: لعل التوصيف بالأحر في قول المصنف وعمل الحر، حيث يقال: يحق للمالك أن ينفع، وللفاعل المختار أن يعمل

وملخص كلامه: أنه قسم الحقوق إلى ثلاثة أقسام

أحدها. ما لا يقل الإسقاط والانتقال، وهو الذي عثر عنه مما لا يقل المعاوضة، وبقي الإشكال فيه حيث أن مثله لا معنى لأن يبدل شيء في مورده ولو لأجل إسقاطه

ثانيها. ما يقل الإسقاط والتعويض عنه من هذه الجهة، لكن لا يقل الانتقال، وبقي فيه الإشكال أيضاً، وعلمه بأن البيع تملك العبر أي من الحاسن، مما لا يقل الانتقال الملكي لا يتحقق فيه عنوان البيع ولا يكفي في تحققه بدل العوض في قال إسقاطه. ثم

دفع توهم النقص على هذه القاعدة الكلية بيع الدين على من هو عليه حيث يتوهم أن التعويض فيه بدحاط الإسقاط بأن فيه ينتقل الدين إلى ملك المديون فيسقط، بخلاف هذا القسم من الحق^(١) فإن السر في عدم انتقاله كونه سلطنة على الغير، ولا يعقل أن يقوم طرفها بواحد.

ثالثها: ما يقلل الانتقال، وأشكل عليه من حيث عدم صدق المال عليه.

إنتهى ما أردنا تلخيصه وقد طهر بذلك أنه لم يحتل نظام كلامه^(٢) من حيث أنه في مقدم ذكر العوض، والتعليل بأن البيع تملك الغير بنسب المعوض، وأنصأ لم يكن يرى في كتي الحق أن يكون هناك من ينسب عليه، بل إنما يرى ذلك في خصوص القسم الذي يكون على الغير لأنه لا يعقل انتقاله لأهل المحدور المذكور

قلت: يتوجه على كلامه: -

(١) دفع دحل عن بوقه - نصف يرى الحق سلطنة على الغير بصورة عامة وتبريد الدفع أنه يرى في خصوص ما كان من قسم الحق سلطنة على الغير لا يصل لانتقال، لعدم الانتقال من حيث ذلك، وقد ما ليس فيه سلطنة على الغير كان مما يقلل الانتقال وهو القسم الثالث الذي سذكره

(٢) يرى المحقق لأحمد بن سبوح أنصارى بصدور الاستدلال على عدم وقوع هذه الحقوق عوض في البيع، في حين أن استدلاله على ذلك يكون أشع عبده عن تملك الغير بنسب المعوض لا العوض، فتعيب لا بنسب بصدعى، وذلك وصف كلام الشيخ بأنه محتل النظام

وأجاب سيد محمد عن ذلك بنص متصود الشيخ أنصارى بحيث عبر عن محاسن، وأنصبري عبوه حيث أنه صريح في نص، فيسلم كلامه مع تعوض

١ - أن الحق ليس هو السلطة على ما سذكره انشاء الله تعالى .

٢ - حكمه بأن الملكته لا تحتاج إلى مملوك عليه صحيح في حد ذاته، لكنه في مثل بيع الدين عني من هو عنه تكون مع المملوك عليه، والسلطنة عني كليها أيضاً كذلك لا تحتاج إلى مسلط عليه وإنما هو فيما كان على العير

٣ - في بيع الدين إن كان المبيع هو الكتي فلا جهة تقييده بكونه في الدمة وفي هذه لعهد فلا مالته له، وإن كان مع التقييد بذلك فينزم أن يكون المديون سبب شراء ما في دتمه مديوناً لنفسه ولا معنى له، وعلى تقدير التسليم كيف يعقل أن يكون أثر التملك السقوط؟ وهل هو إلا تأثير الشيء في عدم نفسه؟

لا يقال: إن المراد من كونه أثره أنه ينعو اعنار مالكيته الشخص لما في دتمه، فلذا يسقط.

لا بدقعه بأنه كيف حدث هذا الدعوى وبعده 'أخرى' إن كان ذلك عقلاً فلماذا يحكم بالسقوط؟ وإن كان سهواً ولعواً فلماذا يحكم بالحدوث؟

والحاصل أن التملك والسقوط لا يحتمعان إلا إذا كانا في أمرين متماثلين كلاهما في لدمة، ويكون التساقط بالتهتر، كما إذا اشترى المديون مثل ما كان عنه من الدائن في دتمه فيحصل

التهاتر، وعليه أن يؤدي ثمن ما اشتراه^(١)

٤ - يتوجه على ما جعله السر في عدم الانتقال بأن ذلك إما هو فيما أريد انتقاله إلى من عليه الحق، وأما إذا أريد نقله إلى غيره فلا يلزم محذور اتحاد المسلط والمسلط عليه، فليس ما ذكره سرّاً لعدم الانتقال على كليته، بل السر في ذلك أن موضوع الحق الذي هو يتقوم به عنوان خاص فلا يعقل أن يستقل عنه لا إلى من هو عليه، ولا إلى من عداه فمثلاً موضوع حق الخيار في الحيوان هو المشتري، وفي الفنب هو الممنون، فلا يعقل انتقاله إلى من ليس بمشتري أو ليس بممنون، سواء كان ذلك الباع أو الغاسر أو غيرهما. وكذلك حق الشفعة للشريك في أن يشفع، أي يضم حصة شريكه بعد بيعها إلى حصة نفسه ويملكها، وهذا المعنى غير قابل للنقل إلى الباع فإنه حرج عن كونه شريكاً، ولا إلى غيره لعدم شركته، ولا إلى المشتري فإنه لا معنى لأن يملك ما قد ملكه.

والحاصل أن مثل هذه الحقوق التي لموضوعها عنوان خاص لا يعقل انتقالها إلى الفاعد له، ولذا لا معنى لنقل حق المصاحفة إلى غير الصرة، سواء كان هو الروح أو الأجسية.

(١) يعنى في المقام تصحيح بيع الدين على من هو عليه، ويمكن ذلك بالتمسك باضلاق جملة (مبادنة مال بمال) وإن لم يكن هناك مملك، وبمقتضى انتقال من الجائز، فكيف أن يخصص على شيء بعد كونه مالاً وينتفع بدل المال لأخيه بجمعه بدلاً عنه في ثبوته فيبقى لا محالة لعدم نفع ثوب بدل والمعدل كيهما

نعم هذه الحقوق قد يمكن موضوعها عنه نامة، تقبل
الإسقاط، وأما إذا كان كذلك فلا يقبله كما في حق الوصاية
والتولية ونحوهما.

(بحث في الحق)

أقسام الحق:

وتوصيح الكلام أن لحقوق على خمسة أقسام -

١ - ما يقبل الإسقاط والنقل والانتقال الفهري سورة كحق
التحجير.

٢ - ما لا يقبل شيئاً من ذلك، كحق الوصاية والتولية، وكحق
القضاة حتى بالإضافة إلى من كان معمولاً بعونه، فإنه بنفسه
واحد له لا معنى لأن يقبل إليه مثله

٣ - ما يقبل الإسقاط والانتقال بالوراثة، كحق لحدار وكحق
الشفعة - بناءً على أنه يورث - وكحق الرهانة^(١)، إلى غير ذلك
وعدم انتقال مثل هذه بالنقل إلى الغير، حتى من كان هو عليه،
واضح بالتأمل.

٤ - ما يقبل الإسقاط والنقل إلى الغير الواحد للعبود، كما
في حق المصاحبة على ما تقدم وعدم انتقال هذا الحق بالوراثة
واضح.

(١) ولا يورثه أن يورثه له - يقبل تدبير في الأحياء مع ماله من حق الرهانة،
لاندفاعه بأنه بذلك يشبه موضوع الحق ولا يصير منه

٥ - ما يقبل الإسقاط فقط كحق القدف.

وهناك حقوق^(١) يشك في أمرها [تارة] في أنه حكم في نفس الأمر ويعتبر عنه بالحق مسامحة [وأخرى] في أن الموضوع عنوان خاصّ بدور الحق مداره أوليس كذلك؟ [وثالثة] في ورود المصع تبعداً عن إسقاطه أو عن نقله.

ولا بدّ في ذلك كلّ من المراجعه إلى أدلة ثوتها
تنبيه يتضمن أمور:

أحدها . أنه طهر مما تقدّم الاشكال فيما يقال من أن كل حق يقبل السقوط، وكل دي حق له إسقاط حقّه^(٢) ضرورة أن ما كان عنوان موضوعه علة تامّة له فمن المستحيل سقوطه، فإن السقوط هو الارتفاع، ولا يملك المعلول عن علة التامة

ومن هنا طهر أن كل ما لا يقبل الإسقاط لا يقبل النقل أيضاً، فلا يعقل إسقاط حق الولاية أو الفضاوة وبحوهم ولا نقلهما.

ثم إنه قد يقال أيضاً أن كل حق كان لمحرد الاقتضاء حار نقله وإسقاطه. وهو حسن، لكن لا بدّ من تقييد حوار النقل بما لا يكون لخصوص عنوان الموضوع مدحليّة

ثانيها: أنه يقال. كل حق كان اعساره لأجل عطية من له الحق حار إسقاطه ونقله، وما كان لأجل مصلحة الغير لم يحر

(١) كحق الرجوع إلى حظته، وحق مسح باليوب في الكحل، وحق المطالبة من المدينون للمكسر، وحق الرجوع في جبهه عن بعضه إلى غير ذلك
(٢) يستدث إلى شهيد لأب في (مجمع)

وفيه أن الكنية صادقة في الحملة الثانية، دون الأولى، إلا إذا لم يكن عنوان الموضوع علة تامة.

ثالثها. أن النقل فيما نقول به، هو - بالدقة - احداث لمثله، لا نقله بعبه ضرورة أن قيام الأمر الاعشاري بموضوعه نظير قيام العرض بموضوعه في أنه يستحيل انتقاله من محل إلى محل، فمهما يقال بانتقال الحق إنما هو بالنظر إلى المتصاهم عرفاً ما هو الحق؟

رابعها أن الحق المسحوت عنه اسم مصدر^(١)، في قبال ما كان صفة مشبهة، يقع مسداً أو مسداً إليه، فيقال هذا حق، أو لحق يقال، وبحو ذلك مما أريد كونه واقعياً ليس ساطل

وحيث أن الحق المسحوت عنه أمر اعتباري وضعي، فهل هو اعتبار سلطة خاصة كما ذكره الفقيه (العلامة الطباطبائي) حيث قال: «إنه نوع من السلطة على شيء» أو هو بحو اعتبار أثره السلطة كما ذكره (العلامة الحراساني) حيث قال: «هو اعتبار خاص له آثار مخصوصة، منها السلطة» أو هو مرتبة ضعيفة من الملكية كما احتاره شيخنا (العلامة الدبسي قده) أو هو بمعنى الثبوت كما ذكره شيخنا (العلامة الاصفهاني قده) وقال: «الحق بمعنى المسداً هو الثبوت، والحق بالمعنى الوضعي هو الثالث»؟

(١) ويشهد له أنه يعد له بحسب، وأنه ذو حو ويضاف إلى المنعق ويقال حق الحار ولشعبة وبحو ذلك ولو كان مقصود هو انصاف المشبهة بم يكن لاصافه (دو) إليه مجال، لأن معنى الصفة المشبهة أنه ذو مسداً

أقول: الحق - بحسب النعة - تارة يستعمل - كما أشرنا إليه - هي ما له الواقعية، في قال الساطل، كما في قوله تعالى: «وَيَسْتَشِؤُنَكَ أَحَقُّ هُوَ؟ قُلْ: إِي وَزَيْي إِنَّهُ لَحَقٌّ»^(١) وقوله تعالى: «الْحَقُّ مِنْ رَبِّكَ»^(٢) وقد كثر استعماله كذلك، أي بصيغة الصفة المشبهة، فيقال: الإسلام حق، والقرآن حق، وتقول لصاحبك: كلامك حق، وما قلته حق.

ويستعمل أيضاً بهذا المعنى بصيغة اسم الفاعل، كما في قوله تعالى: «الْحَقُّهُ مَا أَلْحَقَهُ»^(٣) وبصيغة الماضي كما في قوله تعالى: «لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ»^(٤) و «حَقَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ»^(٥) وبصيغة المصدر أو اسمه، كما في قوله تعالى: «إِنَّ هَذَا لَهُوَ حَقُّ الْيَقِينِ»^(٦).

وأخرى يستعمل من (حق يحق) بصيغة المصدر واسم المصدر، أي كونه أهلاً لذلك، ولانقاً وحديراً به، وأنه أسب إليه من غيره، وما يرادف ذلك. وفي القرآن المجيد: «حَقِيقٌ عَلَى أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقُّ»^(٧) «وَنُغَوِّلُتَهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ»^(٨) (٩) ١٠٥

(١) سورة يونس / ٥٣

(٢) سورة البقرة / ١٤٧

(٣) سورة الحاقة / ١ - ٢

(٤) سورة يس / ٧

(٥) سورة يونس / ٣٣

(٦) سورة الواقعة / ٩٥

(٧) سورة الاعراف / ١٠٥

(٨) سورة البقرة / ٢٢٨

استعمال الحقّة في المأقة، إمّا هو فيم كانت قابلة لمحمل والركوب.

وحينئذ يقع البحث عن أن المعنى الذي وقع في حيّز الاعتار، هل هو عوار الثوت الواقعي، أو الأهلية والمياقة؟

الظاهر هو لثاني شهادة أنه يضاف إليه، أو يسد إليه الثوت، فيقدّر. ثوت الحق، أو ثت الحق، أو يثت له الحق، وكذلك هو المتأدر من استعماله، فالحاكم له حق القضاة لكونه أهلاً لها، والأب له الولاية، والمعون له حق المسخ، والشريك له حق الشععة، إلى غير ذلك، سواء كان ملاك الليقة والأهلية مميّناً لدينا أو عدداً الشارع بها، وسواء كان ذلك سحو الحتم في أعماله أو كونه مما ينبغي له.

فالحق ليس هو السلطة فإنها من اثاره، وأيضاً يثت الحق للصغير ولا سلطة له، ولو كان المراد من السلطة ما كانت اعتبارية، انتقص بالحقوق المتعلقة بعمل ذي الحق، كحق المسخ وكحق القصاص وبحو ذلك فإن الفاعل المحتار له السلطة على أعماله تكويناً، فاعتارها له لغو محص

وكذلك ليس الحق مرتبة من الملك فإنه.

أولاً. هم متقاربان

وثانياً الملكية الاعتبارية إمّا هي اعتبار الحدة، أو اعتبار

الإصافة، وشيء منهما ليس ذا مراتب، فإن اشتداد المرتبة يحتصر
بغيرها من بعض المقولات

وثالثاً يصدق الحق فيما لا أثر للملك فيه أصلاً، كما في
حق الاختصاص بالحجر المعد للتحويل وبحو ذلك

ورابعاً يوجه عليه ما تقدم من انقضاء ما تعلق الحق بعمل
نفسه، كحق الفسخ وحق انقضاء وبحو ذلك من الأعمال التي
يحول له شرعاً أن يعمل بها، منه الحق بالإصافة إليها، ولا معنى
لاعتبار عنوان الملكية له مع كونه مكتوباً ملكاً لعمله وما يقابل من
أن معنى حق الخيار هو به يملك أمر فسخ وكذا في سائر
الموارد، فذلك في عتبة المصاحفة، فإن من الفسخ هو نفس
الفسخ لا أمر رند، وإصافة الحق بمعنى التصعي والمملكة
الاعتبارية لا مجال له.

خامساً - أن الحق دائماً يضاف إلى بعض، سواء كان عمل
نفسه أو عمل غيره، كما في حق الفصادة أي أنه أن يصفي، وحق
لفقة أي لها أن يمسو الروح عبيد وبحو ذلك

نعم ربما يقتدر ذلك ويضاف إلى سه ويقبل حق لحرارة
والتحجير، أي نسب ذلك له أن يمسح العير أو يمس لعيره أو
يراحمه، وكذا حق الوصاية ولقبوممة أي نسب ذلك به أن ينصدي
الأمر، ومهما كان العمل من العير فهو ذو حق، وله الحق، والعير
عليه الحق، ولو كان ذلك من أهل إيجانه على نفسه، كما في

قوله تعالى: «وَكَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصْرُ الْمُؤْمِنِينَ»^(١) فالمؤمنون لهم حق النصرة من ناحية الرب تعالى وتقدس وإنما ثبت لهم الحق كذلك لكونهم أهلاً لذلك.

سادسها: - أنه ربما يشك في بعض الحقوق كحق الرجوع في المطلق، وحق العزل في التوكيل، وحق الدعوى وبحو ذلك في قابليته للإسقاط والنقل.

أ - فإن كان الشك من حيث أنه يشك في كونه حقاً أو حكماً، فيستحسب نقاؤه^(٢)

ب - وإن كان من حيث أن لا يعلم أن الحق المجعول قد اعتره الشارع لعنوان موضوعه نحو العينة الناقصة أو نحو الاقتضاء رعاية لغبطته، فإن لم تكن هناك قرينة وكان عنوان الموضوع بدليل لفظي فيحكم بعدم قابليته للسقوط والنقل، فإن ظاهر العنوان دوران الحق مداره وعدم انعكاسه عنه، وإن لم يكن الأمر كذلك بأن لم يستظهر عوانية الموضوع، فالتحقيق أنه أيضاً يستصحب نقاؤه وعدم انتقاله، ولا مجال للحكم بالسقوط أو الانتقال إذا وقع في حيز الصلح أو الشرط بمقتضى عموم (أوفوا بالعقود) أو عموم (أن الصلح حايي) أو عموم (المسلمون عند شروطهم) أو عموم (ما كان للميت من حق فلوارثه) وبحو ذلك فإن ذلك تمسك بالعام في الشبهة المصدقية إن لم يكن تمسكاً به في شبهة التخصص^(٣).

(٢) وإن لم ثبت كونه حكماً

(١) سورة الروم / ٤٧

(٣) توصحه إذا احتمل كون عنوانه مقتضياً، فاستظهار قسمة للتصانيع والإسقاط

نعم إذا أحرر كونه حقاً وكونه مجعولاً بنحو الاقتضاء وبرعية
 مصلحة دي الحق، واحتمل المع تعدياً عن سقوطه بالصلح، أو
 باشرطه في صمن العقد، أو عن نقله وانتقله، فالتمسك
 بالعمومات له مجال واسع فليتدثر حيناً
 حقيقة الملكية:

قوله: «بحلاف الملك، فإنها سبة بين المالك والمملوك»
 أقول: الطاهر أن الملكية هي اعتبار الواحدة لأمر يختص به
 فتلازمه السلطة عليه، وأن يكون زمامه بيده^(١). ويشهد عليه
 التبادر من الاستعمالات بصيغها وهي في قبال الملكية الحققة
 الحقيقية التي لله سبحانه، وهو تعالى قيومها^(٢) والتي هي نالغ -

«تمسك بالعام في الشبه المصدفة، أما لو احتمل كونه على تامه فهو تمسك بالعام في
 شبهة الخصص، والذي أدهى وأمر

(١) أعم من أن يكون ذلك بالماشرة أو بالواسطة عند بؤي على الماء بما هو يد
 الصغير تزيلاً.

(٢) قال تعالى «الله لا إله إلا هو الحي القيوم» البقرة ٢٥٥ وقان بصاً
 «وعشك الوحوه بلحي القيوم وعد حاب من حمل طلماً» سورة طه / ١١١ فان العرب
 في (المعردات في عرب القرآن) «أي نقائم الحافظ لكل شيء ومعطي له ما به
 قوامه»

فالله تعالى (قيوم) بحالم بمكاتب بحث لو صرف النظر عنها أما لاسحاح عندهم
 لإمكان إلى العدم بقول مطلق ونغرب ذلك إلى ادهن بقول النفس الراضة حاوية
 للصور الإدراكية الصادرة منها نحو «قيوميه» بحيث لو صرف النظر عنها أو عملت
 عنها - لانمحنت تماماً. والقياس مع العارق
 وإذ كان حلّ وعلا قيوم كل ممكبات، كتب جميع ممكلاً له بالممكنة بحقيقته لا
 الاعتبارية

لأوليائه الذين بهم وجود هذه الكائنات، ولذا ورد عنهم: «إن الأرض وما فيها كلها لنا» والرهان قاصر بذلك^(١)!

ولقد أود شيخنا العلامة الأصفهاني (قدس) أن لملكه هي الحواية ودلت قريب مما ذكره ولا بد من أن مراده ما كان بنحو القيومية للمحوي^(٢) وكون رعايه بيده، لكن المتفاهم بحسب التبادر ليس هو الحواية، فتدبر جيداً.

وأما ما قيل نرة بأنها السلطنة^(٣)، فيه ما ذكره شيخنا من أن السلطنة تعدى كنية (عنى) والملكى نفسها، فكيف يكون بينهما التردف؟

(١) هذا البحث من فروغ نولاه مكتوبه لدرسا لأعظم (ص) ولأئمة المعصومين عليهم سلام ومعنى الولاية كنية لتكوينه كون الشخص محرى لبعض الإلهي بسببه بن جميع الممكنات، والدليل على ثوبه بهم هو أقوال أصحاب الولاية أنفسهم، فيما تحاور حد سوانر، ولم يدعوا حراماً أو كذب، لأنهم صادقون مصدقون ثم أنهم العلة العلية للعالم، وقد حبر العالم لأجلهم، وهم الوسطة والمجرى لبعض لإلهي، بحيث أن فصل الوجود بفعل من عند الدوب بظاهره ويصل - بإذن الله - إلى غيرهم وهذا يسمى - (الفعل ما به يوجد) وهو يختلف عن (الفعل ما به الوجود) الذي هو بمعنى الخالق والموجد، الذي يحضر في ذات الله تعالى، إذ الحل محتص به حلت أسأله.

وعنى سبل ثبات الشمس واسطه في ذات الزرع وبمؤ الأحام فهي (مانه الوجود) والموجد هو الله سبحانه.

(٢) في القومى في (المصباح لمين) «حوسب الشيء» إذ صممه واسويت عليه، فهو محوي، والظاهر أن الاستلاء من هو منه، فكان لروم معدية ملكه (عنى) دون مفهوم الحويه (٣) مقرر يميل إلى تفسير الملكة بسلطه بعلامة صاطبائي السيد محمد كاظم (قدس)

وأحرى بأنها الجدة ذات الإصافة أي عنواي الملكية والمملوكية

فيه . أن الحدة هي الهيئة الحاصلة لشيء بسبب إحاطة شيء
آخريه ، كهيئة التقمص والتعقم والتختم ، وبحود ذلك ولا معنى لاعتبار
هذه الهيئة للمالك ، وهو من قام به المبدأ ، لأنه المحيط بالمملوك لا
بالعكس^(١) . ولا محال للقول بأن الملكية هي الإحاطة الاعتبارية التي
توجب حصول هيئة الجدة ، فإن الإحاطة تتعدى بالباء ، بخلاف الملكية
فإن تعديتها بنفسها .

وربما يقال : إن الملكية اعتبار من مقولة الإصافة^(٢)

وفيه أن هذه المقولة هي السمة المتكررة التي توجب انتزاع عنواين
متضائفتين متكافئتين في القوة والفعل ، ولا بد أن يكون لهما مشأ انتزاع
، فذلك المنشأ الذي يتزع بلحاظ عنوان المالك والمملوك ما هو ؟ فإن

(١) لا يحصى أن إحاطة من مقوله الأيس ، في حين أن الهيئة الحاصلة للمحاط بسبب
إحاطة شيء به هي وحدة وعليه فالمقصود محيط بالإنسان وكذلك يقول بعض فلاسفة
كاتب الملكية من قبل الحدة لزم أن يكون بمملوك محيطاً بالإنسان كما يحيط به القميص .
وهذا لا يصح

(٢) حيث لا يمكن أن يكون لمالكه حقيقة لإصافته المموية نجاً القائل إلى القول بأنه
عتبر من مقولة لإصافة ذلك أن الإصافة المموية يعني أن يكون وجودها في الخارج بوجود
مشأ مترعها ، وإنما قد في الخارج ، لأن لمقولة ما يقال على شيء في الخارج ، فلا
مقولة الإصافة تكون في المنصنفين بل قد لا يكون معاً أحدهما عن بعض الآخر ، كالعقوبة
والتحية ، فكون التعف في حيز خاص مشأ لا سراع العقوبة منه ، فلو أدركنا العقوبة أدركنا
التحية بالتلازم

فإن أراد اعتبار هذه المقولة بالإصافة ، لا بد له من مشأ لا سراع ، وألا سأل ما هو مشأ
الانتزاع الملكية ؟ إن كان لفظه قد عرفت الأشكال في ذلك ، وإن كان الحدة فكذلك
والخلاصة أن نستطيع بيان ستة أقوال في تصوير الملكية

كان هو السلطة أو الحدة فقد تقدّم الاشكال عليهما فليتنر حيداً
ثم إنه أشرنا فيما تقدّم الى أن حكمه باستحالة نقل الحق إلى من هو
عليه إنما هو فيما أريد نقله إلى من هو عليه، لا مطلقاً. وقلنا أن الملاك
في الاستحالة هو خصوصية عنوان الموضوع، وكونه علة تامة، وكذا
حكمه بعدم احتياح الملكية إلى المملوك عليه إنما هو فيما كانت
الملكية لشيء في حدّ نفسه، دون ما اذا تعققت شيء على الغير.
فراجع ما ذكرناه.

عودة الى الحقوق القابلة للانتقال:

قوله^{١٠} «إلا أن في حواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً من أخذ المال في
عوضي المبيعة».

أقول: ربما يقال إن الحق لا يصدق عليه المال عرفاً، وبينهما
التقابل^(١). وربما يقال بإحتصاص مفهوم المال بالأعيان الخارجية،
دون ما كان أمراً معنوياً كالحق.

١ - أنها اعتبار خاص له اثره. وهذا تعريف بالرسم
٢ - بها بسطة وقد عرف أنها من ثار الملكية لا عنها، مصداقاً لبي بعدها - (على)
بحلاف الملكية

٣ - بها اعتبار من معونه لإضافه وسنأ ما هو مبدأ الاستماع
٤ - إنها الحدة وقد عرف استلزمها كون لمالك مخاطباً بالمملوك
٥ - أنها الحوية ونسب لصادر من الملكية في الاستعمالات
٦ - إنها الواجبة. وهو المختار
(١) من سيدنا نجد درس سره عن أساده لمحقق الاصمعياني أن المحقق الاخوند كان
يرى بين المال والحق تعادلاً، وعنى هذا فكيف يحمل الحق عوضاً في بيع، مع شرط كون
العوض مائلاً

وفيهما: إن إطلاق المال على شيء إما لأجل أنه تميل إليه النفوس وتبدل شيئاً بآرائه، أو كما قاله الراغب لأجل أنه يميل إلى الروال. وعلى أي حال ينبغي أن يكون الحق مصداقاً له ولو فرص عدم مساعدة العرف في استظهاره من لفظه، فعبرة (المصاح) مئة على الغالب، فانه يكفي في صدق البيع مبادلة مال بعوض، فيعم ما نحن فيه من الحق.

ثم إنه قد يقال بلزوم أن ينقلب الحق ملكاً وبالعكس، لو جعل الحق عوضاً في البيع^(١).

تقريب: أن الإضافة بين البائع والبيع إضافة الملك، وللمشتري إضافة الحق، وحيث إن المبادلة في البيع تكون بين طرفي الإضافة، دون نفسها، فيلزم أن يكون الحق طرفاً لإضافة الملك، والملك طرفاً لإضافة الحق، وذلك هو المحدود.

وفيه: أولاً: ما تقدم من أن اعتبار بقاء الأضافة مع ارتفاع طرفها هو اعتبار أمر مستحيل لا يمكن المصير إليه^(٢).

وثانياً: إن الحق - على القول بأنه مرنة من الملك، كما هو مسلكه قده - لا يلزم من جعله طرفاً لإضافة الملك محدود أصلاً، فان غاية الأمر حيث لا اختلاف المرونة في طرف الإضافة
تعريف البيع عند الفقهاء:

قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

(١) المائل بذلك هو المراد الثاني (قدس سره) (٢) لأن لإضافة تشخص طرفيها

«لأنَّ الفقهاء رصّوا الله عليهم قد أحصوا في تعريفه فهي (المسوّط)»^(١) و(الندكرة)^(٢) وعبرها إنتقال عين من شخص إلى غيره بعوضٍ مقدّر على وجه التراخي حيث أن في هــ التعريف مسامحة وصحة، عدل أحروا إلى تعريفه بالإيجاب والقول الدالّين على الانتقال».

أقول: المسامحة من حيث أن الانتقال أثر للبيع، لا أنه نفسه

قوله «وحيث أن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ».

أقول: هذا لأشكال لا يتوخّه لو أريد من المعروف ما يصدر من البائع والمشتري إنشائهما نعم يتوخّه النقص بالمعاطاة، حيث أحد في التعريف وصف الدلالة، وهي من شؤون اللفظ.

قوله «إن أريد بالصيغة خصوص بيعت، لزم الدور»^(٣)

(١) شرح بطلان محمد بن الحسن الطوسي قدس سرّه (٣٨٥ هـ) ج ١ (٤٦٠)

(٢) للعلامة الحليّ الحسن بن يوسف بن المطهر رصّوا الله عليه (٦٤٨ - ٧٢٦)

(٣) حيث لاحظ المحقق كركي (ره) أن بيع أمر بشائي، والإيجاب والقول لا يعدن في غير إنشاء عدل إلى تعريف البيع بأنه نقل العين بالصيغة المحصورة بعوضٍ مقدّر على وجه التراخي

ونخصّص أشكالاً - شرح الأنصاري (قدس سرّه) على هــ التعريف بما يأتي -

١ - به يسرّم صحه بإيجاب البيع - (يعتد)، وقد صرحوا بطلانه

٢ - ينقص بالمعاطاة، فهو بيع مع أنه ليس بعلّة بالصيغة

٣ - البطل بالصيغة إن أريد إنشاؤه فهو غير معقول، لأنه لا نقل إنشاء اللفظ باللفظ

٤ - إن أريد بالصيغة خصوص بيعت (يعتد) لزم الدور.

٥ - وإن أريد بها (مبكت ونقلت) يلزم أن لا يصدق بيع إذا أوجب بعيه (يعتد)

أقول : يمكن دفعه بإرادته بماله من المعنى المرتكر، أو المتفاهم لدى الغير من أهل العرف^(١).

التعريف المختار.

قوله : «والأولى تعريفه بأنه . إنشاء تمليك عين بمال . ولا يلزم عليه شيء مما تقدم» .

أقول هذا التعريف يوافق ما عن العلامة الطباطبائي في (مصابيح) حيث قال . «إن الأحصر الأسد تعريفه بأنه : إنشاء تمليك العين بعوض على وجه التراضي»

والظاهر أن المصنف بذل كلمة العوض بلحاظ أن إطلاقه يعم غير المال

ثم إن التعبير بالإنشاء لأجل أن يعم التعريف لمطلق البيع ، الأعم من الصحيح والفساد ، لعدم كونه موضوعاً لحصوص الصحيح لكنك خبير بأنه لو عرفه بأنه تمليك عين بمال ، وأراد منه الأعم من التمليك الحقيقي والاشائي ، لتسليم مما أورد عليه العلامة الحراساني

(١) وهذا الجواب من سيدينا لحد قدس سره يظهر لحواب عن الاعراض على عدم صحة السب من علامات الحيفه حيث يقال هناك الفرق بين معروف والمعروف بالاحص والتعصل أي أن المسعمل بارتكابه يرى أن اللفظ معناه من المفهوم الارتكاري بحمل عليه ولا نسب عنه فيكشف أنه معناه لحقيقي فإذا كان لا يعرف معنى الجدار ، ثم وجد صحة جعل ذلك على الحائط سمى به من المعنى المرتكر ، عدم أن حصقة فيه وهذا قول النقل الذي يكون بالصيغة - بما له من المرتكر العرفي - هو البيع ، فيرفع محذور الدور .

أولاً . بأن المعنى في مشتقات البيع - حيث يقال : باع، يبيع - هو التملك دون إنشاءه . وثانياً : إن البيع مما يقع في حيز الإنشاء، فلو عرّف بإنشاء التملك لزم أن يقع الإنشاء في حيز نفسه، وهو غير معقول أقول : الطاهر أن المراد من التعريف هو التملك الانشائي، وإضافة الإنشاء إليه من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف، فلا يتوَحَّه عليه ما أورد . وليس المراد من قولنا التملك الانشائي هو تقييده به، حتى يورد عليه بأن المقيّد بالإنشاء لا يقع في حيز الإنشاء، بل المراد هو مفهوم التملك القابل لأن يشأ في حد ذاته ، فيستدّر

ردّ إشكال عدم شمول التعريف لبيع الدين على من هو عليه .

قوله . « من تعفل تملك ما على نفسه »

أقول . تقدّم الكلام عليه، وحاصله أن المبيع إن كان هو الكلي بدون تقييده بالذمة، فذاك لاماليّة له، وإن قيّد بكونه في ذمة المديون لزم كونه مديوناً لنفسه نعم لو باع البائع مثل ذلك الكلي في عهدة نفسه، حصل للمشتري تملكه، ولزم التساقط بالنهاية، لكنه خارج عن مورد النقص

ردّ إشكال صدقه على الشراء :

قوله « إن التملك صمى، وإنما حقيقته التملك بعوض »

أقول . فيه أن التعريف باطلأقه بعم الصمى . والأولى أن يحاب : بأن المشتري إما يشي بالقول والرص بما يتصدّاه البائع من تملك ماله بعوض مال المشتري، فهو بذلك يخرج ماله عن ملكه، ويدخل مال المشتري مكانه إنشاءً والمشتري يقبل ذلك، فلا إنشاء منه للتملك أصلاً

وإنما هو لازم قبوله في التحقق خارجاً.

إن قلت : هذا في سائر البيوع، وكذا في السلم مع تقدم الإيجاب من البائع، أما إذا كان الإيجاب فيه من المشتري، كما إذا قال : أسلمت إليك هذه الدراهم في كذا من الحطة مثلاً، أو أسلفتك هذه في كذا، لم يكن ذلك اشئاً للقول حتى يتوَحَّه ما ذكر، أو يقال : إن التملك صمي.

قلت : ليس ما ذكرناه، ولا القول بضمية التكيف من أجل التعبير بالقول، وما بمعناه، بل ذلك من آثار جعل المال بدلاً وعوضاً، وهو حاصل مع كون الإيجاب من المشتري.

ثم إن النقص باستيجار العين بعين إنما يندفع بما ذكرناه، لا بالتمليك الضمني الذي ذكره (قدس سره)^(١) على ما عرفت ولعل مراده من الضمية هو ما ذكرناه من كونه لازماً للمشا لا مشأ نفسه فليتدبر جيداً.

رد اشكال انتقاض طرده بالصلح

قوله : «وفيه أن حقيقة الصلح ولو تعلق بالعين»

أقول : ملخص الجواب :

أولاً : إن الصلح لا يتعدى إلى المال بنفسه، ولا يقال : صالحتك هذا، بل : على هذا، أو عن هذا، بخلاف التملك وذلك أمانة الاختلاف بينهما مفهوماً.

(١) قال الشيخ الأنصاري قدس سره : «وهو يقصد كون المبيع في الشراء صحيحاً - يظهر اندفاع لإيراد انتقاضه بمسأخر العين بعين، حيث أن الاستيجار ينصص تملك العين بمال أصي المنفعة»

وثانياً. أنه لا يمكن أن يورد النقص بخصوص مورد استعماله فيما يتعلق بالعين في مقابل العوض ، لأجل أن استعماله فيه ، وفي سائر الموارد، إنما هو بجامع واحد، وهو التسالم. ويشهد على ذلك أنه لو طالب حصمه أن يصالح عن شيء بشيء لم يكن ذلك إقراراً بملكيته له، بخلاف ما لو طالبه التمليك فقال: ملكي هذا، فإنه نظير أن يقول: بعني هذا، ويكون إقراراً منه. فائدة. المصالحة المسالمة، والتصالح التسالم، فإذا استعمل بصيغة المعاوضة تعدى إلى الطرف نفسه، فيقال صالحته وسالمته، وبصيغة التماثل، تصالحت معه، وتسالمت معه، أو تصالحتنا^(١).

ثم لو كان الصلح في مقام رفع اليد عن شيء يقال: صالحته عن حقوقي مثلاً بكذا، وربما بقدر ما يرفع اليد عنه على منى أمر معين، فيقال: صالحته على كذا، أو يتوافقان على قرار معين بينهما كما في الشريكين بأن يكون الربح والحصران على أحدهما، أو بأن يكون الشراء من أحدهما والبيع من الآخر، أو بما يستد مسد المصارفة، فيقال: صالحتك على كذا، وربما يتصالح على أن يكون شيء في قبض شيء، فيقال: صالحته على أن يكون كذا بكذا.

(١) قال في (المسجد) الصلح التسلم، وهو سم من المصالحة

ومصالحة مصالحة وأفعه، خلاف حصمه

وتسالم القوم مصالحو، وتوافقوا

وقال الراغب في (المعجمات)

«والتسالم والتسلم والصلح قال تعالى (ولا تموتوا من ألقى سلام رب

مؤمناً) وعوفه تعالى (وإن جحواً يتسلم فاحص لهما) ووفىء تسليم بفتح

إخراج القرض من التعريف

قال الشيخ الأنصاري (قدس سره) :

«ويمكن إحراجه بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة، بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة، لا معاوضة للعين بهما». أقول . لا بد من بيان ماهية القرض . فقد اعتبره الشيخ الأنصاري (قله) : تمليكاً على وجه الضمان .

وقال العلامة الحراساني : المقصود من القرض هو التمليك لا مجاناً ، بل بنحو الغرامة .
وقال شيخنا الأستاذ : هو تمليك ماله بذل واقعاً ، فيقصد تمليكه عدم المجانية لاجعله بازاء شيء .

وقال الاشكوري تقريراً لبحث أستاذه المحقق الرشتي لا معاوضة في القرض أصلاً ، بل هو عبارة عن تسليم تشخص العين مع بقاء ماليتها ، بمعنى أن للعين جهة تشخص وماليتها خاصة ، وجهة كلية ومالية كلية ، فالتمثل هو المالية الشخصية ، وأما الكلية فهي ماقية على دمة المقرض برسم الأمانة ، فلا معاوضة في اليمين بطير حكم الشارع بجواز التصرف في الملتقط ليحفظ ماليتها في دتمه وإن ذهب تشخصها والتحقيق : أن التمليك أمر قصدي ، وليس هو في القرض مقصوداً^(١) مصافاً إلى أن التمليك لا يحلو من أن يكون : إما بلا عوض ،

(١) بوبده ما في اللغة

قد يراد به : وسمى ما يدفع إلى الإنسان من المال شرط ردّه مريضاً وفي (مجمع البحرين) هو إعطاء شيء يسعده عوضه في وقت آخر وفي (معصاح المبر) والقرض ما يعطيه غيرك من المال بعهده (ومراد أن بوبده لك) وفي (القاموس) : ما تعطيه لنفسه

أو مع العوض، وليس له شق ثالث. وحيث إن القرض ليس بهبة ولا معاوضة، حيث لا يلزم ذكر العوض فليس هو تمليكاً من المقرض

وأيضاً ما ذكر من الضمان لا معنى لأن يكون ضمان اليد، فإنه ليس للمالك مطالبتها مع كونها موجودة كما هو المشهور، ولا يجب على المقرض دفعها، بل له أن يؤدي مثلاً أو قيمتها مع كونها موجودة.

وكذا لا معنى لضمان الإتلاف، فإن ذلك في إتلاف مال الغير بدون رضاه، دون مثل مورد القرض.

وإن أريد ضمان الإتلاف بمعنى أنه يعطيه لأن يضمه لو أنله، فيلزم أن لا يكون مالاً فعلياً وإنما يباح له التصرف، وإلا فلا معنى لضمان الإتلاف في ملك نفسه.

وما ذكر من العرامة أشكل، فإن العرامة هي الحسارة ولا موضوع لها في القرض.

وما ذكره شيخنا الأستاذ من تمليك ماله بدل واقعاً، فيه: أنه لو قال ماله بدل في الاتفاق بينهما، كان أولى.

ومحرد أن له بدل واقعاً بشئ سؤاً، وهو أن هذا البدل هل هو بسحق لعرامة أو العوض؟ وكلاهما غير تام. فالقرض هو إعطاء المال إلى الغير بجعله في عهده بملازمة جعله في يد الغير، وقطع إصافته عن نفسه، وهو المناسب للمعنى القرض بمعنى القطع ومنه قوله: «يقرضون لحومهم بالمقاريض» ويلزمه تملك الغير لما قد انقطعت إصافته عن الغير، والعهدة أعم من العين وبدلها.

استعمال البيع في معانٍ أخرى

قوله: «أحدها: هو التملك المذكور، لكن بشرط تعقه بتملك المشتري».

أقول: ينبغي ذكر أمور:

١ - المفهوم إمّا جوهري، وإمّا عرصي، وإمّا اعتباري.

فالأول: له وجود ذهني وخارجي بماله في نفسه في نظام الوجود، ولا يشتق منه مشتق.

والثاني: له وجود ذهني وخارجي في نفسه ونظام الوجود، ويشق منه مشتق، فليس لمصدره إلا نسبة ناقصة، لا تفيد التحقق الخارجي، وماضيه ومصارعه يدلان على النسبة التحقيقية «الوجودية في الخارج».

والثالث: له وجود ذهني ووجود اعتباري في نظر من يده الاعتبار، من العرف العقلاني أو الشرع، وخارجيته بعين اعتباريته.

٢ - إن البيع هو التملك الحثي من البائع، بمعنى إيجاده لملكية العقلانية، لا مجرد إنشائه لها، فإن إنشاء البيع وإنشاء التملك حثيف المؤنة، ويمكن إنشاء تملك السماء لريد، أو إنشاء تملك داره لغمه وبقره، فالتملك المالكلي إمّا يكون عقلاً إذا أنشأ التملك بقصد حصول الملكية في نفس الأمر بما ياسبها من موطئها، ويقصد التسبب إلى اعتبار الشارع، إن قلنا في العقود الشرعية التي لها آثارها بلزوم قصد التسبب إلى اعتبار الشارع.

٣ - إن العوائس ربما يكونان متحدين بالذات ومحتتمين
بالاعتدال. كالأيجاد والوجود، والمأثير والأثر، والتمليك والملكية،
والإيجاب والوجوب، إلى غير ذلك وربما يكونان أمرين محتتمين
لكنهما متلازمان، لكون أحدهما مطاوعاً للآخر، كالإحراق
والإحترق، والبعث والاسعاث، والكسر والانكسار، والتمليك
والتملك، والتعليم والتعلم

ومن هنا يظهر الفرق بين قول الشيخ (فده): إنه مثل الإيجاب
ولوجوب، لا الكسر والانكسار. والمقصود أن التملك والملكية
مثل الإيجاب والوجوب متحدان بالذات، بخلاف الكسر والانكسار
ففيهما غير متحدين حيث أن أحدهما عنوان الصدور، والآخر
عنوان القبول.

وملخص الكلام. أن المعنى تارة يلاحظ وجوده في نفسه،
فبالإضافة إلى الماعل إيجاد وبالإضافة إلى نفسه وجود، وأخرى
يلاحظ وجوده في غيره فلا بد من قابل يقفه، فتمليك الغير إيجاد
الملكية له، وهذا المعنى لا يعقل تحققه إلا مع قوله، فيصح
كلام من قال بأن البيع هو التملك بشرط القبول.

إن قلت: إذ كان معنى البيع مشروطاً بالقبول، فمعناه مقيد
به، وكل مقيد يتوقف تحققه على تحقق القيد، فيلزم توقف
حصول البيع على القبول، مع أن القول هو قول البيع، ومتوقف
على حصوله، فيلزم توقف حصول البيع على ما يتوقف على
حصوله، وذلك دور.

قلت ذلك سارٍ في كل ما هو بين الفاعل والقاسل، ومن
الاحراق يتوقف على وجود ما يقلل الاحتراق، دون ما لا يحترق،
وقبوله يتوقف على تحققها وصدورها من الفاعل، وكذلك تحقق
الكسر يتوقف على وجود ما يقلله أي المكسر، وقوله يتوقف على
صدور الكسر، وهكذا.

٤ - إنه لا شبهة فيما إذا قال: نعت داري من ريد، يستظهر
منه إقراره بأنها ملك لريد، وذلك لأجل أنه يستفاد منه أن ملكه
بحقيقة التملك الذي لا ينفك عن القول، وأنه تميث مع
مطاوعة.



قال الشيخ الأنصاري: «وأما البيع بمعنى الأثر! وهو الانتقال، فلم
يوجد في اللغة، ولا في العرف، وإنما وقع في تعريف جماعة تبعاً
للمسوط».

أقول. الظاهر أنه قال: البيع انتقال مال من شخص إلى آخر،
وأراد الانتقال الملكي الذي هو المَسْبُ^(١) فيكون قد عرّف السب
بمسيبه، وذلك يشبه الرسم. وإن لم يكن رسماً، حيث إنه لم
يقُل: البيع هو ما يحصل به الانتقال، بل قال: هو الانتقال

قال الشيخ الأنصاري: «وأما البيع بمعنى العقد فقد صرح
الشهيد الثاني رحمه الله بأن إطلاقه عليه محار»

(١) ووجهه - على ما حكاه السيد بحر العلوم - بأنه أراد المبني للمفعول أي
المبيعية

أقول . قال الشهيد الثاني استعمال البيع في العقد (أي الإيجاب والقبول) هو استعمال اللفظ الموضوع للمسبب في مسه لكن الشيخ الأنصاري يشكل عليه - على التعريف الذي احتاره من أن البيع إنشاء تملك عين ممال - بأن المسبب عن العقد هو النقل الملكي في نظر الشارع^(١) وأما النقل الإنشائي فهو حاصل بنفس إيجاب الموجب، ضرورة أن المشأ لا ينفك عن إنشائه، لآتحاده معه، وهذا النقل الإنشائي لا يتوقف على شيء، حتى القبول من المشتري وعليه فالنقل الإنشائي لا يتسبب عن العقد المركب من القبول، ولا من الإيجاب أيضاً فإنه متحد معه لا منسب عنه

وبالجملة: المسبب عن العقد هو البيع الاصطلاحي، إما حقيقة أو مجازاً، أي إسم المصدر من البيع الدعوي، فإن اللعوي هو النقل الإنشائي، ويكون الحاصل منه هو الانتقال الملكي وكونه مقولاً إلى المشتري سحو التحقق في نظر الشارع، الذي يتوقف على الإيجاب والقبول. وإلى هذا المعنى الاصطلاحي^(٢) يطر ما ورد من لزوم البيع، ووجوبه، والإقالة فيه، ضرورة أن إنشاء التملك لا يعقل فيه اللزوم وعدمه، ولا الإقالة، فإنه بمجرد صدوره يكون ثابتاً، وليس له حالتان، وعلى هذا لا تكون إضافة العقد إلى البيع بانية، بل إضافة السبب إلى مسه، فاستعمال

(١) والمراد هو النقل الملقى عنه مسه الصدوريه، أي لنقل الموجود المحقق في

المعارج

(٢) أي إلى النقل الشرعي دون نقل سطر الباعل، الذي لا يتوقف على شيء سوى

أداة الإنشاء

البيع في العقد يكون من استعمال لفظ المسبب في سبه، ولو كانت بيانية، لم يصح قولهم: انعقد البيع، أو لا انعقد البيع، فإنه لا بد وأن يراد من البيع الواقع مسنداً إليه ما يقبل الانعقاد وعدمه، ولو كانت بيانية فهو هو، ولا معنى لعدم انعقاده

وبعبارة أخرى: النقل الشرعي معايير لمداول العقد وهو النقل بنظر الناقل فكيف تكون إضافة العقد إليه بيانية؟ وأما النقل بنظر الناقل فهو مداول عقد البيع، فلو أريد من البيع هذا النقل صحّت بيانيته.

هل البيع اسم للصحيح؟

ثم إن البيع اسم للصحيح، للتأخر وعدم صحة السلب (على ما في عبارة الشهيد الثاني) ومحاذي الفاسد لصحة السلب عنه (كما في عبارة الشيخ) وأنه لو أقر لم يسمع منه إرادة الفاسد، ولو كان للجامع سُمع منه، كما إذا أحرر باستعمال الطهور ثم ذكر أنه توصاً، وأما التقسيم فهو استعمال في المقسم وهو أعم

يرى الشيخ الأنصاري، أن البيع بماله من الوضع اللعوي موضوع لما هو السلب في تحقق الأمر الواقعي، والفرق بين الشرع والعرف في رؤية أنه سلب فمحطّء العرف فيما يره من كون بيع الغرر سلباً، فالبيع موضوع للمفهوم الكلي أي السلب للأمر الواقعي، والاختلاف في مصداقه، والنحطة فيه أيضاً

أقول: إن كان معنى البيع هو مبادله مال بمال، أو تملك عين بعوض، فلا محال للبحث فيه عن الصحيح وعدمه، فإنه إما

موجود أو معدوم، (١) فإن الأثر الذي يلاحظ الصحة هو الملكية، وهي متحدة مع التمليك لا تغاير بينهما حتى تفرص أثراً له. وإن كان معنى البيع هو إنشاء تمليك وأريد من الأثر ما ذكرناه من الملكية، فيمكن النزاع في كونه اسماً للإنشاء المؤثر أو الأعم.

ثم إنه أشكل الشيخ الأضاري على وضع البيع للصحيح، بعدم جواز التمسك بالإطلاقات عند الشك في دخالة شيء في البيع، ثم قال: (نعم، يمكن أن يقال إن البيع إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: بعته، عند الإنشاء، لا يستعمل حقيقة إلا فيما كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظر الناقل. وحينئذ فإن كان مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً عبده، وإلا كان صورة بيع، فالبيع المستعمل في الحاصل عقيب قول لقائل: بعته، هو عند العرف والشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر، ومجاز في غيره، إلا أن الإفادة وثبت العائدة مختلف في نظرهما) (٢).

أقول. الحاصل من المصدر هو اسم المصدر الذي تقدم منه أنه المراد، أي النقل فيشكل عليه بأن النقل الاسم للمصدرين إما

(١) الة بين الصحة والفساد هي الملكة وعدمها، من حين أن النسبة بين الوجود والعدم هي الإيجاب والسلب وعلى هذا فالموصوف بالصحة أو الفساد لا بد أن يكون أمراً يترقب منه ترتب لأثر عليه، أما إذا كان شيئاً لا ينفك عنه لأثر فهو غير قابل للاتصاف بالصحة والفساد عمادة حاله من توصف بالوجود أو لعدم

(٢) لا يحتمل أن هذه العبارة منقولة بتصريف وتصحيح

موجود أو معدوم، فلا معنى لتوصيفه بالصحة والفساد.

ويمكن الجواب بأن المراد من اسم المصدر هو النقل الواقع في حيز الانشاء، وهو تارة يؤثر في النقل (أي في الملكية) وربما لا يؤثر، فالبيع حقيقة في نقل البائع المفيد للنقل النفس الأمري، فالبايع بقوله: 'بعت نقل المال منه إلى غيره نقلاً تمليكياً، فإن طابق الواقع وحصلت الملكية النفس الأمرية فهو صحيح، وبيع حقيقة عرفاً وشرعاً، وإلا فهو بيع عرفاً وليس بيع شرعاً.

وأما التمسك بالاطلاق فلا يعقل أن يراد بالبيع ما هو المفيد للملكية شرعاً، ضرورة أن الحلية هي الحلية الوضعية أي المملكية، فلو كان موضوعها هو المملك لا تتحد الحكم والموضوع.

وأيضاً لما كان الشارع يحاطب العرف، فهو كأحدهم ويتكلم بلسانهم، وحيث إنهم يرون البيع ما هو حاصل من المصدر أي النقل المؤثر في الملكية، فالشارع أحل ما يروونه نقلاً مؤثراً

كما يمكن أن يكون الموضوع للحلية هو المصدر، فيراد من لفظ بعت مبدأ المشتقات (المصدر هو المبدأ في بعت الذي يُشأ بهذه الصيغة، وحاصل المصدر هو النقل الملكي الذي يحصل من هذا الانشاء) فحكم لشارع بحلية هذا الانشاء حلية وصعية، أو أمره بالوفاء به يعلم بحسب إطلاقه أن كل إنشاء للتعليق يؤثر في الملكية الشرعية، وفي النقل شرعاً، وهكذا الأمر لو كان المراد من

الحدية هو الحكم التكليفي أي الترحيص فيه ينظر وحبوب الوفاء
على تقدير كونه تكليفاً، ضرورة أن اشاء التملك لو لم يؤثر في
الملكية الشرعية لما حكم بالترحيص ولا بوجوب الوفاء

البيع بالتعاطي

قال الشيخ الانصاري: «إعلم أن المعاطاة - على ما فسره جماعة - أن يعطي كل من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر»

أقول: إن كان المقصود تعريف البيع بالتعاطي فلا يطبق عليه هذا التفسير، إذ التعاطي هو المعاملة نحو المعاوضة، دون البيع، فإنه إعطاء من أحدهما وأخذ من الآخر، وبه يحصل الأيجاب والقبول وأم إعطاء العوض فهو وفاء لما التزم به المشتري. والأقرب في توجيه العبارة أنه يصدد لتعريف اللغوي للمعاطاة، حيث عفا بقوله «ويتصور على وجهين أحدهما أن يبيع..» فإن قصد الاناحة أحسب عن البيع

نعم، يستبي التفسير بإعطاء الاثنين على ما هو المتداول من أن المفاعلة تدل على صدور المبدأ من طرفين، لكن الأمر ليس كذلك فإن ذلك يختص بالمعامل، وأم هيئة المعاوضة فتدل على صدور لمبدأ منوحيها إلى الغير، أعم من صدوره من أيضاً، أولاً، كما في المحاطة والموارة والموارة وغير ذلك

قوله: «وهو يتصور على وجهين. أحدهما. أن يبيع كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر إلى تملكه»

أقول: إباحة التصرف تارة نحو الاطلاق، بحيث يعم الإنشاع

والإتلاف وما يتوقف على الملك وغيره، وأخرى في جهة خاصة ويشكل الأمر فيما يتوقف على الملك، إلا أن يدل بالملازمة على توكيده في التملك حين تصرفه وعلى كل تقدير، فلا تنطبق المعطاة بهذا الوجه على البيع أصلاً.

قوله: «الثاني: أن يتعاطيا على وجه التمليك»

أقول: هذا أيضاً لا ينطبق على البيع، بل هو معاوضة مستقلة، فإن البيع بالتعاطي هو الإعطاء على وجه التمليك وأحداه على وجه القبول والتملك، وإعطاء العوض إنما هو لأجل أداء ما التزم به بقبوله، ولذا يتم البيع بالتعاطي مع التمليك بسببه، ولا يتوقف تملك المشتري على إعطائه العوض في رأس الأجل.

قوله: «وربما يذكر وجهان آخران: أحدهما: أن يقع القبل من غير قصد البيع، ولا تصريح بالإساحة المزورة، بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه».

أقول. ذكرهما صاحب (الخواهر) والمراد بالقبل هو الإعطاء في الحارح وفي عبارة (الخواهر): «ثالثها: أن يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا تصريح بالإساحة المزورة، بل يعطى القبل مثلاً شيئاً ليتناول عوضه، ويدفعه إليه»^(١)

قوله «ويزد لأول ما متناع حلّ الدافع عن قصد عنوان من

(١) الجواهر ج ٢٢ ص ٢٢٦، الطبعة الحديثة

عناوين البيع أو الإباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العناوين الخاصة»

يعني أن إعطاء الشيء إما تملك العين، أو لمتعة، أو إباحة التصرف، أو إيداعه، أو إقراضه، أو إعارته وحيث أن ما عدا التملك والإباحة غير مقصود، فيتعين في قصد أحدهما فيرجع إلى الوجهين الأولين.

قلت: أراد صاحب (الحواهر) التسليط المطلق حيث قال: «ولعل القائل بشرط الصيغة في البيع، بشرعه أيضاً على جهة الإباحة التي هي الأصل فيما يقصد به مطلق التسليط فغيرها محتاج إلى قصد آخر، بخلافها فإنه يكفي فيها قصد هذا التسليط المطلق»^(١).

أقول. السلطنة لازم أعم لتمليك العين والإباحة، أي الترخيص في التصرف فيها، فيقصد اللارم من دون أن يقصد أحد المبرومين، ومهما كان الأمر كذلك كان شرعاً مباحاً لكونه الأصل من أن تسليط الغير لارم أعم من التملك والإباحة وقطع إضافة الملكية عن نفسه نحو الإعراض، فيتخير في التملك والتصرف فيه كيف شاء، فإنه مال بلا مالك، فسيبيله سبل المباحات والحاصل أنه لا يتوجه عليه ما أشكل به الشيخ الأنصاري (قده)

ثم إن هذه السلطنة الخارجية التكوينية^(٢) أي كون المتاع في

(١) الحواهرج ٢٢ ص ٢٢٧.

(٢) إشارة إلى أن السلطنة الاعتبارية ليست مرادة هنا

اليده، وإن كان يقل أن يتعاون معاوين مختلفة، من الملكية والإباحة وغيرهما، لكن لا يقصد شيئاً من تلك العاوين بل إنما يجمعه تحت يده مقروناً برفع يده عنه، فلا يقصد تملكه، ولا يصرح بالإباحة المالكية، وهو يباح له لتصرف عقلاً وشرعاً بلا صمد، حيث أن يده عليه مأدور فيها، وقد ارتفعت عنه اليد المالكية ومثل ذلك مما يكون مباحاً، فلا يتوجه عليه إشكال الشيخ الانصاري بتقريب أن الحرس لا يتحقق بدون الفصل، كما ذكره السيد الطباطبائي في (حاشيته) حيث قال في توجيه كلام لمصنف: «ولعله من جهة امتناع اتحاد الحرس من دون فصل، فإن الإيحاد الاشائي في ذلك كالإيحاد الحارحي في الامتناع» ثم أشكل السيد على هذا المقال بالفرق بين الإيحاد الاشائي والحارحي، وحكم بمكان إنشاء القدر المشترك بدون الفصل

قلت: ليست السبطة الحارحية أي جعل الامتناع تحت اليد، حسناً للتمليك والإباحة وغيرهما، بل هي أمر يوحد في الحارح يقل التعاون بالعاوين إذا قصدت، ومع عدم قصد واحد منها لا يتعاون بشيء منها.

وأيضاً لا يتوجه عليه اشكال المصنف بما قرأه من أن الإرادة لا بد لها من داع، فلا يحلو من داعي التملك أو الإباحة أو غيرهما، ضرورة أن ذلك فيما كان له عرض يكون علة عائية لفعله وإعطائه حتى يكون ذلك العرض داعياً، فإذا لم يكن شيء من تلك العاوين عرضاً له، وإنما كان عرضه هو لتوصل بإعطائه إلى إعطاء الآخر، وجعل ماله تحت يده، فلا محذور.

قوله. «والثاني أن يقصد الملك المطلق من دون خصوصية البيع»

أقول إن أراد التملك بعوض، فيشكل عليه بأنه إما هو البيع - كما ذكره المصنف - أو هو أحد مصاديقه إلا أن يريد بالاطلاق عدم التقيد بالعوض، ويكون المراد من قوله: دون خصوص البيع، أي دون التملك بعوض.

حكم البيع بالتعاطي:

ثم ورد الشيخ الانصاري في حكم المعاوضة، وذكر ثلاثة أوجه:-

أحدها: ما هو المشهور من إباحة التصرف وأن الملك يحصل بتلف أحد المالكين

ثانيها: إقادتها للملك اللازم.

ثالثها: كونها بيعاً فاسداً، فلا يفيد الملكية ولا الإباحة

تحرير محل النزاع:

ثم ذكر أن محل النزاع هو ما إذا كان المقصود بالمعاوضة هو التملك ضرورة أن ما يقصد بها الإباحة المالكية لا محال للنزاع فيه، وحيث إن قول المشهور بالإباحة مع قصد التملك لا يحتملان، إذ ليست الإباحة هي الشرعية، لعدم نص يدل عليه، بل إما هي مالكية، وكيف تحتمل مع قصد التملك؟ ولهذا قال المحقق الكركي أن المراد هو الملك لمتزلزل فيستقر ملك أحدهما على ما أحده تنف ما دفعه إلى صاحبه

ثم ذكر استبعاد صاحب الجوهر لهذا الوجه، وجعل محل
البراع المعطاة المقصود بها الإباحة.

ثم قال: إن كلام المحقق الثاني، ولقول بالملك المتزلزل
بعيد عن كلام جماعة من الأصحاب كشيخ بن إدريس وابن رهبة
والعلامة وغيرهم، بل صرح بعضهم بعدم إفادة لملك أصلاً
وقال: إن كلام صاحب الجواهر أعدل، بل لا يوجد في كلام أحد
منهم، ثم ذكر كلمات الأصحاب ليظهر بُعد ذلك وأعدية هذا.

أقول: لا محال لجعل البراع فيما قصد بالمعطاة لإباحة،
فإن من حملة الأقول قول المصنف، وهو إفادة الملك اللازم، وأيضاً
مما كونها بيعاً فاسداً، ومع قصد الإباحة لا موضوع لشيء من
القولين.

ثم أقول: لذي يظهر من صاحب (جواهر) أن القول
بالإباحة مع قصد المتعاطين البيع مما لا يسعي أن يُنسب إلى
أصغر الطلبة، بل لا بد من القول بمصاد البيع بناء على اشتراط
الصيغة، ويظهر منه أن القول بالإباحة ليس مورد المعطاة بقصد
التملك، ولقائل بأن المعطاة بيع فاسد يرى مشروعية التعاطي
بقصد الإباحة أي إباحة كل مهما التصرف للآخر على جهة
المعاوضة

والحاصل من كلامه أن القول بالإباحة ليس مورد المعطاة
بقصد التملك.

والخلاصة أن المعاطاة المقصود بها التملك هو محل
النزاع، لكن حيث أنه لا معنى لحكمهم بالإباحة، فإن الملكية

غير مقصودة، ولا محال لوقوع ما لم يُقصد، وعدم وقوع ما قُصد،
لهذا يقول لمحقق الكركي بالملك المتردد اللازم بالتلف

لكن عن العلامة في (التحرير) أنه قال: «لأقوى أن المعطاة
غير لازمة، لكل منهما فسخ المعوضة ما دامت العين باقية».

وفيه: أن التعبير عن الملك بالإباحة لا وجه له، مضافاً إلى
أن ظاهر كلامهم - لولا صريحه - نفي الملك، وأيضاً لَم لم يعترضوا
في لبيع الحيري والهبة بالإباحة عن الملك المتردد.

ويُنسب إلى صاحب الحواهر أن محل النزع لمعطاة
المقصود بها الإباحة.

وفيه أن المعطاة كذلك لا يُعقل أن يحكم المصيد بالملك
اللازم، والعلامة بأنها بيع فاسد.

ونسبة إلى صاحب الحواهر لا محل لها.
والحاصل: أن إشكال الكركي وكلام صاحب الحواهر في
ترتب الإباحة المانكية على قصد الملك والإشكال ليس من أجل
عدم وقوع ما قُصد، بل وقوع ما لم يقصد.

قال العلامة الحراساني: لم يتحلف العقد عن القصد، حيث
أن المديونية مترتبة على المعطاة بشرط التصرف، ووفق بين إلعاء
لأثر وترتيب ما يحالفه، وبين إمصائه بشرط

أقول: ليس المحدور تحلف العقد، بل المحدور وقوع ما لم

يقصد^(١)

(١) هذا البحث متفرع من فاعلين مد ولين في السع العقهاء

١ - العقود تتبع القصد.

إذا عرفت هذا فعول عن الشيخ الطوسي في (المسروط) بعد أن اعتبر الإيجاب والقول أنه قال: «فكل ما جرى بين الناس إما هي استباحة وتراض، دون أن يكون ذلك بيعاً معقداً، مثل أن يعطي درهماً للحنّار فيعطيه الحر، أو قطعة للقلّي فيساوّه البقل، وما أشبه ذلك ولو أن كلّاً منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك، لأنه ليس بعقد صحيح».

أقول لا بدّ وأن يكون محل الرّاع هو المعاطاة المقصود بها التّملك، فقول بالملك كما عن المصنّف، وقول بالفساد، وقول بالإباحة وهو المشهور، والمراد هو الإباحة الشرعية دون الملكية حتى يتوجه عليه أن ما وقع لم يُعصدّ. ولسرّ أن المعطي سلّط غيره على ماله وجعله تحت يده، وقد قصد ملكيته بحسب نظره النّاع لطرّ العرف، وإما الشارع حيث يرى اعتبار اللفظ لم يعتبر الملكية، لكنّ الرّخصة الشرعية في التصرف إنما يمتنع عنها المصع من المالك ولا يصح منه.

قلت فيحور التصرف في البيع بقصد

قلت. هناك^(١) لم يجعل المال تحت يد صاحبه ابتداءً، بل إنما

٢ - لا يصح وقوع ما لم يقصد

بوصف بقاعدة الأولى أن المقصد هو العقد من تعريف، فكانه يعقد سهماً على أمر مقرر سهماً، فإذا لم يكن المقصد بيعاً بقصد براءه حقيق، وهذا أمر بين وبوصف بقاعدة الثانية أن الوقوع به كان مقصوداً إلى المقصود لم يُعقد، لأنه يسير أن لا يقصد الوقوع به، ولا حين ذلك ذكر صاحب بحثه أن المعاطاة المقصود بها الملك لا يمكن إقامتها بالإباحة، لا استلزاماً وقوع ما لم يقصد

(١) هناك رخص بالتّملك وهناك رخص من غير معنى قصد التّملك

عقد تمليكاً وكان التسليم لأهل الحري على ما تعاهده، أي يعطي مال العير، فيبين أنه ليس له وهذا يعطي مال نفسه فلم يكن التسليم مقصوداً بنفسه.

ويتوجه على العلامة الأخوند بأن المعاطاة بقصد التمليك تؤثر في التمليك بشرط التصرف كالقبض في الصرف والسهم، وأما الإباحة عنه فليست شرعية بل مالكية صمية ثم يصحح الإباحة الشرعية - على تقدير لقول بها - بالسيرة، والظاهر أن مراده من الإباحة الصمية أن المالك في صغر رصاه يملكه راضٍ بتصرفه.

ثم إن الشيخ الأنصاري (قده) ذكر كلمات الأصحاب وورد عليها بأن الواقع في أيدي الناس المعاطاة المقصود بها الملك وبعد عرض الفقهاء الكلام في غير ما هو الشائع مع تصريحهم بإرادة المعاملة المتعارفة، ثم شرع في ردّ (جامع المقاصد) بأن ظاهر كلمات الأصحاب عدم حصول الملك ومع ذلك قال في جامع المقاصد: «المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع وإن لم يكن كالعقد في اللزوم».

قال الشيخ الأنصاري: «والذي يفوى في النفس إبقاء طواهر كلماتهم على حالها».

وملخص كلامه: أنهم في المعاطاة المتعارفة المقصود بها التمليك، يحكمون بالإباحة، وهي لم تحصل بإشائها، بل كان إعطاء كل منهما سلعته وتسليط العير عليها مستلزماً للآذن في التصرف، ويرد عليهم كلام المحقق الثاني أن الملك إذا لم يحصل، فلا بدّ من الفساد، إذ الإباحة لم تقصد ولم تُنشأ حتى

تكون من المالك، فكيف يحكمون بها؟ والتأمل في كلامهم يعطي
أهم أردوا الإباحة المالكية لا الشرعية، مضافاً إلى أن الإباحة
الشرعية لا دليل عليها ولم يُشعر كلامهم بالاستناد إلى نص في
ذلك.

أقول - لاستناد إلى الإجماع والسيرة ممكن (لكن يؤيد كلام
المحقق الثاني في ارادتهم من الإباحة حصول الملك أنهم أطلقوا
الإباحة بالإضافة إلى جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك).

والقول بحصول الملكية في أن التصرف المكي بالبيع
والوقف والوطي وغير ذلك كما في حصول الملكية لنواهب فيما
وهبه، ولدي الخيار فيما دعه، بعيد، وإن كان يمكن الإلتزام به
من حيث دلالة الافتضاء^(١)، حيث إن الدليل دلّ على صحة هذه
التصرفات.

أقول. إن كان الدليل هو الإجماع والسيرة فهما يدلان على
الملك، وأحله صحت التصرفات، ولا محال للإباحة المالكية.
نعم، الإباحة الشرعية الكدائية يمكن القول بها على التقريب
المتقدم، ولم يكن هناك دليل على الملكية من أول الأمر وكان
مقتضى الأصل عدمها.

ثم ذكر الشيخ قول لمتأخرين بأن من قال بالإباحة في

(١) لا يمكن ذلك في أن تصرف في البيع والوقف، إذ لا يعمل جماع الصديق
من لدخول ولخروج في البيع والوقف في أن واحد، بل في البيع مضافاً إلى ذلك
دخول في ملكه، ودخول في ملك الغير في أن واحد، إلا أن يقال أنه بالإيجاب يدخل
في ملك نفسه وسماه حصول يخرج ويدخل في ملك الغير، وفي الوقف يبيحه يدخل
في ملك نفسه ويأبى يخرج نعم في الوطي يمكن حصول الملك في أن واحد،
حيث أن المحرم هو الوطي مع عدم الملك، ولا يرمى لعدم، بل على الوطي في
الملك معه تصدق في المالكية والتمليك، وهما متصانان متكافئان في معية

المعاطاة يرى أنها ليست بيعاً أصلاً، وقول المحقق الثاني بأنها ملك متزلزل، ودفع الثاني بأن شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار، وبأن شرط صحة البيع الإيجاب والقول، فإذا لم يكن خياراً^(١) ولم يكن إيجاب وقول، فلا ملك أصلاً. ودفع الأول بأنه يستلزم على القول بأن أسماء المعاملات موصوعة للصحيح المؤثر، فإذا كان في نظر الشرع والمشرعة - بما هم مشرعون - مؤثراً في النقل الملكي كان بيعاً وإلا كان صورة بيع، كبيع الهارن عند العرف، فكل من اعتبر الصيغة في صحة البيع أو فسر البيع بالعقد، فلا محالة لم تكن المعاطاة عنده بيعاً.

والتحقيق: أن الملكية لو كانت أمراً واقعياً، قلنا بوضع البيع للمؤثر في ذلك، وأن نظر العرف والشرع طريقان إليه، فعليه متى اعتبر الصيغة فالمعاطاة غير مؤثرة في ذلك، والحاكم بأنه ليس بيع يحتصر بالمشرعة، ونحطت بهم العرف في تسمية ذلك بيعاً.

وأما إن كانت الملكية أمراً اعتبارياً قوامها نفس المعتر، فالبيع موصوع للمؤثر في هذا الاعتبار، وعليه فالمعاطاة بيع صحيح عند العرف، وبيع فاسد عند المشرعة، ومعنى الفساد عدم اعتبار الشارع على طبق العرف، لمكان لزوم الصيغة.

الأقوال في المعاطاة.

ثم إن الشيخ ذكر أن في المعاطاة على ما يظهر من كلماتهم أقوالاً ستة. أحدها: الملك اللازم، وهو قول المصنف، ويستفاد أيضاً من قول العلامة في (التذكرة): «الأشهر أنه لا بد من

(١) ويمكن القول بأن عدم الخيار يعد في عدم الصح لا في عدم الرذ الذي هو محل الكلام

الصبيغة» فعير الأشهر - وكأنه قول معذبه - أنه لا تلزم لصبيغة

أقول ذكر حدي الشيخ الأجل المامقاني^(١) كلام المحقق
الأردبيلي ولمحدث الكاشي في (المفاتيح) قولهما الموافق
للمعتمد.

ثانيها أنها تعبد الملك بشرط أن يكون ائذاً على التراخي
أو المعامدة لقطر^٢ وتشكل في عده من الأقوال بأن المعاظة
المشروط فيها اللفظ يرجع إلى اعتبار الصبيغة نحو الإحمال دون
كونه قولاً في المعاظة.

ثالثها لملك العير الملام

رابعها عدم لملك وإباحة جميع التصرفات حتى المتوقعة
على الملك.

خامسها إباحة التصرفات ما عدا المتوقعة على الملك.

سادسها عدم إباحة شيء من التصرفات

توجيه القول بالملك:

قال الشيخ الأنصاري: «ودهب جماعة - تبع للمحقق الثاني - إلى
حصول لملك، ولا يحسن عن قوه، لسيره المستمرة على معاملة
الماحود بالمعاظة معاملة الملك، في التصرف فيه بالعنق والبيع

(١) هو العلامة المحقق آية الله الشيخ محمد حسن المامقاني قدس سره، صاحب
الأثار العنيفة بصحبه أبي بها (مثنوي - مصنف أبي سر - علم الأصول) في ثمانية
أجزاء، محظوظة، سأل الله توفيق طبعها، والشيخ المامقاني الكبير حاشيه على
مكتبة الشيخ الأنصاري باسم (عنه الأمان) كتبها بحمد العلامة الثاني آية الله
الشيخ عبد الله المامقاني قدس سره - بحال سيدنا الخلد - وسماها (بهاية المقال في تكملة
عبارة الأمان)

والوطني والإيصاء وبوريته وغير ذلك من آثار الملك»

تقريب الاستدلال بالسيرة أنها قائمة على صحة التصرفات حتى المتوقعة على الملك فيما هو مأخوذ على وجه ضمان المسمى، لا المثل والقيمة، سواء راد المسمى عندهما أو نقص، ومثل ذلك يلزم حصول الملك^(١).

وبعبارة أخرى إن السيرة وإن لم يكن لها لسان، لكن الحري العملي على ترتيب آثار الملك على المعاطاة المقصود بها الملك مع ضمان المسمى ثابت، وبهذا المعنى مُحصاة

(١) الاستدلال بالسيرة في الكتب الفقهية على نحوين -

أ - سيرة لمشترعه بما هم مشترعه، أي بما أن سلوكهم مطابق لأوامر الشرع أي أن عملهم وأربكانهم انتهى بكتشاف عن نفعهم ذلك من الشرع، نظير الإجماع ولغرض بهما أن الإجماع يكشف عن قول المعصوم، في حين أن سيرة المشترعه بما هم مشترعه يكشف عن نفعي مدعي عنهم من الشرع

إسما بكلام في اثبات بصعري، وهي فهم لسيرة في المعاطاة على كونها معنوية ب - سيرة من يبحث عنها في (حجية الظواهر)، وهي قيام سيرة العقلاء قبل الشرع والشرعية على غير ظواهر المستفادة من بكلام حجة في مقام لوائح، جعلهم المدلول لا استعماله حجة على المراد لحدوثه، وإذا كان الشارع لا يرضى هذه السيرة - وهي مدونة في زمانه - لكن يردع عنها، إذ لو لم يردع كان ناقصاً معرضه، فسكونه كاشف عن الرضا والإمضاء.

وكذا ما نحن فيه فإن السيرة قائمة قبل الشرع على معانها المعاطاة بمعانها الملك، ولو كان لشارع لا يرى المعاطاة ممكنة لكن عليه أن يردع عنها، وإذا لم يردع فذلك كاشف عن رضاه.

أم كيف يكشف من صحة تصرفات - حتى المتوقعة على الملك - مية المعاطاة للملكية، فلا المفاضل بقصد التملك، والعقلاء يعتبرون المأخوذ بالمعاطاة مأخوذاً بضمان المسمى (لا بضمان المثل أو القيمة) سواء راد المسمى على المثل والقيمة أو نقص وليس هذا إلا من جهة كونه بعبارة صحيحة

وأما ما سيأتي منه من أن السيرة كسائر سيراتهم الناشئة عن
المسماحة وقلة المبالاة بالدين، فمدفوع بأن السيرة ها هنا سيرة
العقلاء قبل الشرع والشرعة.

الاستدلال بآية حل البيع:

قال: «ويدل عليه أيضاً عموم قوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللَّهُ
الْبَيْعَ»...

أقول: وروى الشيخ في (التهذيب) والصدوق في (من لا
يحصره العقبة) عن عمر بن يزيد بن يافع الساري، قال: «قلت لأبي
عبد الله عليه السلام: جُعِلَتْ فداك، إن الناس زعموا أن الربح
على المصطرَّ حرام، فقال: هل رأيت أحداً اشترى - غنياً أو فقيراً -
إلا من ضرورة؟ يا عمر قد أحلَّ الله البيع وحرم الربا، فاربح ولا
تُرب، فقلت: وما الربا؟ قال: دراهم بدراهم، مثليين بمثل،
وحنطة بحنطة مثليين بمثل»^(١)

قال الشيخ: «حيث أنه يدل على حلِّية جميع التصرفات
المتربة على البيع، بل قد يقال بأن الآية دالة عرفاً بالمطابقة على
صحة البيع لا محرِّد الحكم التكليفي، لكنه محل تأمل»

أقول: حكم الشيخ بأن المعاطاة بيع، كما سيأتي من قوله
(وأما منع صدق البيع عليه عرفاً فمكسرة)^(٢) والكرى هي الآية
لمشاركة، والاستدلال بها على المدعى وهو التملك، تارة بما

(١) الوسائل كتاب لحدود، باب ٤٠ من أبواب ذوات الحارة، حديث ١

(٢) ومن معنى البيع أراد بهي صحته أو لروحه ولد سم بكر صاحب (عقبة) كون
لعدم الإيجاب والقول ببعاً، بل قال: بهما شرط صحة البيع، أي تأثيره في الملكية مع
تسليم كونه بيعاً

ذكره من تقدير جميع التصرفات المترتبة على البيع، وأخرى بما سيأتي منه من قوله (فالأولى حيثئذ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً) فالمصنف استظهر الحرمة التكليفية للمقارنة مع حرمة الربا، والابصاف أن الحرمة إذ سست إلى الربا وهي الريادة لا تكون تكليفية.

ولتحقيق: أن الحل إما تكليفي أو وضعي، وعلى كل منهما إما أن البيع هو مبدأ المشتق في (بعت) المراد به الممسك عن إنشاء البيع، أو يراد به نفس المسك، أي إنشاء البيع، فإن رجح التكليف والوصح إلى المسك فلا محالة تكون الدلالة على الصحة، فإن المسك تجويره تكليفاً بلحاظ أنه يصدر إختياراً سسه، فإذا حار فهو موحود، والموحود لا يوصف بالفساد فإن الفساد هو العدم، والمسك حينئذ وضعاً اعتباره شرعاً.

وإن رجحنا إلى المسك، فالحلية الوضعية اعتبار تأثيره، والحلية التكليفية تدلّ بالإلترام، حيث إن إباحة إنشاء البيع تدلّ بالملازمة على صحة التصرفات المترتبة على البيع حتى المتوقفة على الملك، وحيث إنها بصمان المسمى، فلا محالة تفيد صحة البيع.

وأيضاً سياق الآية الماركة حل البيع العرفي

ثم إن الشيخ يقدر حل التصرفات وكأن ذلك لأحل ظهور الحلية، فنقول. تحلّ تكليفاً المعاملة السعية، فلا بد من تحققها، إذ لو كانت باطلة عاطلة، لم يكن معنى لترخيص فيها والحاصل أن البيع العرفي تحليله ليس إلا صحته وتأثيره

لا يتوهم أن أدلة توقف البيع والوقف وغيرهما على الملك رادعة للسيرة، إذ هي في رتبة سابقة تثبت الملك وقال شيخنا

الاستاد (قده) - ليست السيرة على حوار هذه التصرفات في غير الملك أي في المباح، بل السيرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، فلا يباي توقف تلك التصرفات على الملك.

نعم، لو دلّ دليل بالمطابقة على عدم حوار هذه التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة، أو دلّ دليل على ذلك بالالتزام، بأن دلّ على حصر ما يوجب التملك في اللفظ كان ردعاً، وأتى للخصم بذلك؟

ولا يتوهم أن استصحاب عدم حصول الملك بالمعاطاة رادعة للسيرة، فإن رادعيته تتوقف على عدم حصول اليقين بالملكية بسبب السيرة، والإ فلا موضوع له.

وبعبارة أخرى: رادعيته هي ظرف ثبوت موضوعه، أي في ظرف عدم حصول اليقين بالملكية بسبب السيرة، وعدم حصول اليقين متوقف على رادعيته، وهو دور، فيستحيل الرادعية.

لا يقال. كون السيرة مورثة لليقين، متوقف على عدم رادعية الاستصحاب، وعدم رادعيته متوقف على كونها مورثة له

لأننا نقول: يكفي في حجية السيرة عدم ثبوت الردع بسبب الاستصحاب، ولا يكفي في جريان الاستصحاب عدم ثبوت نقيض موضوعه، فلا يذم ثبوت عدم ثبوته، لمكان زوم إحراز الموضوع

والتحقيق - أن سيرة العقلاء قائمة على المعاطاة مع صدور دليل الاستصحاب، فيعلم أنه غير قابل للردع، بل نقول. أن هناك سيرتين إحداهما، السيرة على طاهر لفظ (لا تنقص اليقين) وأخرى

على المعاطاة، والسيرتان كلتاهما غير مردوعتين، فلا بد من عدم التنافي بينهما.

والخلاصة: أن الشيخ يستظهر الحلية التكليفية، ولذا يقدر التصرفات المترتبة على البيع، ويقول بأن ذلك يلزم الملكية بالمعاطاة، ثم يشكل عليه حصول الملكية آنفاً، ولا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر، إلى أن قال: فالأولى التمسك في المطلب بأد المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً، أي كونه من أول الأمر موجباً للملكية.

أقول: إن كان البيع هو إنشاء التمليك كان للتقدير محال، لكن حيث أن البيع طاهره هو تمليك المالك المسبب عن إشائه، فلا يحتاج إلى التقدير، ويدل على المقصود، إذ يكون معناه أن هذا التمليك حلال، ولا معنى لفساده، إذ المصاد مساوق للعدم، والمفروض أن التمليك وهو إحياد الملكية حلال، والإحياد لا ينفك عن الوجود.

بل قدس: إن البيع لو كان هو إنشاء التمليك لدل تحليله على نفوده وتأثيره، إذ لا معنى لتحليل أمر لمعوضه.

والحاصل: أن الآية المباركة دالة على مؤثرية البيع، ومعها المعاطاة، في الملكية.

لا يقال: إن هذا يتوقف على إطلاق البيع حتى يشمل المعاطاة، ومن المحتمل أن الآية في مقام التشريع.

لأنا نقول: أولاً - أن ظاهر الحكم هو الفعلية

وثانياً: تقدمت رواية بیاع الساري.

قوله: «وَأَمَّا دَعْوَى الْجَمَاعِ فِي كَلَامِ بَعْضِهِمْ عَلَى عَدَمِ كَوْنِ
الْمُعَاوَةِ بَيْعاً»

أقول: أراد في الحواب من المعاملة للارمة، اللزوم بحسب
الاقتضاء، المتفرع على الصحة، وعلى ذلك يلائم قوله ما صرح
به في (العية) من أن الإيجاب والقول من شرائط صحة البيع،
أي هو بيع لكر ليس بصحيح شرعاً

قوله «ودعوى أن البيع الفاسد ليس عندهم بيعاً، قد عرفت
الحال فيها».

أقول: هذا دفع لما يتوهم من أن جعل الإيجاب والقول من
شرائط الصحة، يستلزم عدم صدق لبيع على المفقود، ويتم دعوى
الاجماع المذكور

وتفريب الدفع ما تقدم من أنه لو كان موضوعاً للصحيح لم يحر
التمسك بالاطلاقات، مع أنه يتمسك بها

الاستدلال بأية التجارة عن تراص

قوله «ومما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ
تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاصٍ﴾ أقول: الآية لمركبة مع صدرها هكذا
﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ مَالًا طَلًّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ
تَرَاصٍ﴾ وأكرر المال عبارة عن أحده لنفسه، ولعله استعارة تحيلية
من أحل تشبيه المال بالمأكول وأثبات لارمه

والباطل ما ليس صحيحاً عقلاً، وفُسر في الرواية بقمار
والرب والسحت، وحشد الظاهر أن الاستثناء منقطع، وكأنه كان
يتوهم لهي عن المعاملة بالكلية، فاستثنى لتجارة، وأهدت لآيه
حوار التصرف والأحد لنفسه بسب لتجارة، والتجارة هي التصرف
في رأس المال طلباً للربح كما ذكره الرابع
وتقريب الاستدلال أن الظاهر من الأكل هو اتحاده لنفسه
وتملكه.

وحيث إن المعاملة المعاطاة يصدق عليها لتجارة ولاية تدل
بالمطابقة على الرخصة في التملك بالمعاطة، وعموم لتجارة لا
مخصص له.

ولو كان الأكل كناية عن التصرف، فحيث إن جميع أبحاثه
مهي عنه في البطل، فجميع أبحاثه مرخص فيه في التجارة، ومن
حملة الأبحاث التصرفات المتوقعة على المدك، وحشد يكون
الاستدلال بدلالة الالتزامية المعرفية على كون المعاطاة مفيدة
للملك

الاستدلال بحديث السلطنة.

قال الشيخ لا نصاري. «وأما قوله (ص) (اللس مسلطون على
موالهم)^(١) فلا دلالة فيه على المدعى».

(١) بحار الأنوار لعلامة مجلسي ج ٢ ص ٢٧١، الضمة بحديث

أقول. ١ - أشكل الشيخ على الاستدلال به بأنه مسوق
باطلافه لتشريع أنواع السلطنة، لا لدفع شرطية ما يشك في دحياته
في تأثير نوع خاص، فادا اثبتا عموم هذه الرواية، أو بدليل علمي
آخر سلطنة المالك على تملك ماله، وشككا في شرطية الايجاب
والقول اللفظيس - كما فيما بحر فيه - فلا يمكن التمسك بهذه
الرواية، إذ ليس ذلك شكاً في ثبوت هذا النوع من السلطنة شرعاً،
بل هو شك في اشتراط المسلط عليه شيء، وبهي اشتراطه به
اجنبي عن ثبوت السلطنة عليه.

٢ - وأشكل العلامة الحراساني بأن الرواية مسوقة لمي الححر
عن تصرف المالك في ماله، وليست في مقام تشريع السلطنة
بأنواعها، فلا يتمسك بها حتى فيما شك في التسلط على نوع من
الأنواع.

٣ - وأشكل العلامة الرشتي - على ما نقله مقرر بحثه - بأن
مقتضى الجمود على الظاهر التسلط على التصرف في موضوع
المال، وإخراج المال عن إصافته الى المالك ليس تصرفاً في
المال.

وتقريبه: أن الموضوع هو المال المضاف باضافة الملكية، ولا
بد من انخفاضه كذلك في آن التصرف، مع أن في آن التملك لا
يعقل ذلك، فانه آن ملكية الغير بمقتضى الاتحاد بين التملك
والملكية، وفي هذا الآن يستحيل بقاء ملكية المالك للتصاد بين
الملكيتين.

والرواية لا يمكن الاستدلال بها على حوار التملك أصلاً،
فكيف بحصوله بالمعاطاة أو بغيرها

٤ - وربما يورد هاهنا إشكال آخر، وهو أن ملكية المالك علة
للسيطرة على التملك، والتملك عبارة أخرى عن زوال ملكية
المالك، فيلزم علية الشيء لعدم نفسه

أقول . يتوجه على الإشكال الأول . أن الرواية دلت على
تشريع أمر وصعي، وهو التسلط على المال، ومعنى لتسلط هو
التمكن من قهر، كما ذكره (الرابع)، ويفرب منه ما ذكره غيره،
فمعنى التسلط على المال، أن زمامه في يد مالكه، وباحتيازه يفعل
فيه ما يريد، وحينما يملكه للغير فهو ينقله من محل إلى محل،
وله التسلط على ذلك شرعاً.

ثم إن الاطلاق يعنى أنواع المسط عليه، وأنحاء كل واحد
مها، ومن حملة الأنحاء التملك بالتعاطي.

ويشهد على هذا الاطلاق صحة الإستثناء بأن يقال . مسطون
على أموالهم إلا في تملكها سحو التعاطي، فعلى ذلك متى صدر
التملك من المالك، بأي سبب كان، فمقتضى تسلطه عليه شرعاً
صحته وترتب الأثر عليه.

ويتوجه على الإشكال الثاني . أن الرواية قصية إيجابية، لا
وجه لأن تحمل على السب ونفي الححر .

وبعبارة أخرى يستفاد من الرواية أن إضافة المال الى المالك
مقتضية لأن يكون زمامه بيده، وعدم الححر إنما هو بعدم الموانع

عن تأثير المقتضي من كون المال موهوباً أو كون المانع لمعامل صغيراً
أو محبباً أو مقلساً، أو كون المعاملة عريضة، إلى غير ذلك، ولا
معنى لأن يستند عدم المانع إلى ثبوت المقتضي، فلا يصح حمل
الرواية على نفي الحجر

ويتوجه على الإشكال ثالث: أن الموضوع بما يلزم ثبوته في
طرف المحبوب لم يرتب عليه، وبما نحن فيه كان المحبوب هو
السلطة، وموضوعها منحصر في طرفها بماله من الإضافة إلى
المالك، وإنما تسقط لاصفة في الآن المسحر، نعي في أن
التمليك.

وبعبارة أخرى: إن المالك له التسلط على ماله، وارتفاع
الموضوع إنما هو في مرتبة تحقق أثره

ويتوجه على الإشكال الرابع أن إضافة المال إلى المالك،
وإن كان له نحو قضاء وعينه بالإضافة إلى التسلط لشرعي،
وكان التسلط شرطاً في تأثير التملك شرعاً، وتأثيره كان رافعاً للملك
الإضافة، لكن كان هذا الارتفاع من لوازم ذلك التأثير، حيث كان
الأثر - وهو ملكية لغير - متصادم مع ملك الإضافة، ففسد رافعها
مستنداً إلى نفسها.

وبعبارة أخرى: العدم لا ينسب عن شيء، ومثل ذلك غير
عريض، فإن المديون موضوع بوجوب الأداء، وبوجوب يقتضي
لأثبات متعلقه، وبمقتضى ترتب صحة المديونية

الاستدلال بالسيرة:

قوله «وأما ثبوت السيرة واستمرارها على لورث، فهي

كسائر سيراتهم الناشئة عن المصاحبة، وقفة الصلاة في الدين»
أقول هـد لكلام بما يتمشى، لو كُذِّبَ المرد من السرة سيرة
المسلمين، أم بالإضافة إلى سيره العقلاء من كل دين ووحلة،
المستمرة إلى زمان المعصوم عليه السلام، فلا مسرح له، كما هو
واضح.

قوله: «والأولى حيثُ التمسك في المصطب بأن المصادر عرفاً
من حق البيع صحته شرعاً» أقول: بل الأولى ما قدمه من دلالة
أنه الحل على جميع التعادير، وكذا به المحاربه بل وكذا رواية التسلط
الاستدلال بآية (أوفوا بالعقود)

ثم إنه يصح لاستدلال في المقدم بآية (أوفوا بالعقود) فإن
العقد - على ما ذكره الرغب - هو (الجمع بين أطراف الشيء في
الأحسام الصفة، ويُستعار ذلك للمعاني، نحو عقد أسبغ وانعاهد
وبحوهما) إلى أن قد: (والعُقدة اسم لما يعقد من نكاح أو يمين
أو غيرهما)، والظاهر من الاستعمالات أن العقد هو الشد والربط
الأكيد، ولذا فسروا قولهم عقد البيع، أي أحكمه ولا يحتصر ذلك
باللفظ، فإنه يقال: عقد الإيدار وعقد الحيط والحل، ومنه عقد
القلب على شيء فالبيع عقد يحاط أن البائع يعقد منكبه متاعه
بالإضافة إلى المشتري، أو يحاط الجمع بين تمليكهما، والكاشف
عن ذلك كما يكون دلالة اللفظ، كذلك دلالة التعاطي ويسمى عقد
البيع عهداً، مع أن العهد هو الفعل والتفريق، لأجل أن التملك نحو
من ذلك

ثم إن الوفاء ضد التحلف، ويكون ترتيب المقتضى على

مقتضيه وفاءً، وتمكيكه عنه حلفاً.

والوفاء وإن ناسب العهد والدر ونحوهما، لكن يسبب إلى البيع لمخاط نصمه جهة العهد ومقتضى الأمر بالوفاء بالعقود وحوب ترتيب الأثر على عقد البيع، ومنه التعاطي بقصد التمليك، وذلك يدر بالالتزام على حصول الملكية، فليتدر حيداً.

هل يشترط الإيجاب والقبول للمطيان؟

ربما يستدل على اشتراط الإيجاب والقبول المعطيين بأمور ،
منها :

١ - الإجماع

وفيه : أولاً أنه غير ثابت، وثانياً أنه مقول، وثالثاً. مستنده معلوم.

٢ - ما ورد في بعض الروايات أن المعصوم عليه السلام أمر بأنه. قل أشتري منك هذا بكداً، وكذا

وفيه : ان الرواية في مقام الإرشاد وبيان حكم آخر.

٣ - ان بيع المصاندة والملازمة وبيع الحصاة مهي عنه، كما في (معني الاحصار)^(١) عن النبي (ص)، وذلك يدل على عدم حوار البيع بغير لتلفظ بالإيجاب والقبول، مصداقاً إلى أن الببد هو الطرح، وذلك نحو من المعاطاة.

(١) لوسائل كتاب التجاره ، باب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١٣

وفيه. ان ذلك من حيث العرر كما ذكره (الصدوق) حيث قال. «المسألة يقال. انها أن يقول لصاحبه أبداً إليّ الثوب، أو غيره من المتاع، أو أسده اليك وقد وحب البيع بكدا. ويقال : انما هو أن يقول الرجل إذا بذت الحصاة فقد وحب البيع. وهو معنى قوله: نهى عن بيع الحصاة.

والملامسة أن يقول: إذا لمست ثوبي، أو لمست ثوبك فقد وحب البيع بكدا. ويقال: بل هو أن يلمس المتاع من وراء الثوب، ولا ينظر اليه فيقع البيع على ذلك وهذه بيوع كان أهل الحاهلية يتابعونها، فهي رسول الله (ص) عنها لأنها عرر كلها».

٤ - ما ورد من قوله (ع) «إنما يحل الكلام ويحرم الكلام» (٣).

وفيه: أنه سيأتي من المصنف (قده) التعرض له في ما يذكره بقوله. «نقي الكلام في الحر الذي تمسك به في باب المعاطاة، تارة على عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرف، وأخرى على عدم إفادتها اللزوم». وسذكر إن شاء الله أن هذه الحملة ناطرة إلى أن لمواعدة والمقاولة لا تؤثر في شيء، وإنما المحل والمحرّم هو تحجير البيع والشراء وإلا فمن الواضح أن الموح للحرية. والحرمة في الأموال لا يحصر في الكلام، فالهدية محللة، والعصب محرم وكذا في غير الأموال عدا العصير محرم، وذهاب الثلثين محلل. الى غير ذلك.

(٣) الوسائل كتاب الجارة، باب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤

إشكالات كاشف الغطاء ومناقشة الشيخ الانصاري لها.

الإشكال الأول وجوابه .

قال لشيخ الانصاري قدس سره «مها أن العقود وما قام مقامها لا تنفع الفصوده»

أقول أي إن تبعه العقد للقصد قاعدة مسلمة . ومعنى لتعية : أن يكون التابع على حذو المتبوع ، يوافقه ولا يباينه

فلا بد من أن يؤثر العقد فيما قُصد (وإلا لم يكن تابِعاً ، وهو حلف) وكذا لا بد من عدم تأثيره فيما لم يُقصد (وإلا لم يكن عقداً ، فإن العقد يتضمن العهد ، وذلك أيضاً حلف) ، وعلى ذلك فلا يمكن نفي إفادة لمعاطة للملك مع كونه مقصوداً ، ولا المصير لى إفادتها بالإباحة مع عدم كونها مقصودة

وأجاب الشيخ الانصاري (قده) عن ذلك بأن المعاطاة عند لقائين بالإباحة ليست شرعاً عقداً يكون سبباً بتمليك ، إذ لا دليل على صحتها حتى تتم التعية ، وإنما هم يرون ذلك لأجل دليل مستقل ، فهي موضوع يحكم في موردها بالإباحة ، فلا يلزم الحلف أصلاً .

أقول طهر مما ذكرناه أن الشيخ الانصاري لا يقول بأن المعاطاة تكون مؤثرة في الإباحة على حذو تأثير العقد ، وأنه لا صير في عدم تبعيتها للقصد ، حتى يشكل عليه بأن التعية تعم الأقوال والأفعال

وطهر أيضاً : أن ما يرويه للعلامة الحراسيني (من تأويل القول

بالإباحة بأن الملكية المعاطاتية مشروطة بالتصرف أو التلق،
كاشتراط بيع الصرف بالقص، فعلى ذلك لا يلزم تحلف العقد
عن القصد لا يمكن المساعدة عليه، وإن كان لطيفاً في نفسه،
ضرورة عدم مساعدة كلام المشهور على ذلك

ثم إن الشيخ (قده) أحاب ثانياً بأن تخلف العقد عن مقصود
المتبعيين كثير وعرضه من ذلك سح هذا التحلف في المعاطاة،
لدي لا يلزم منه محدود، بلحاط أن ما يرتب عليه ليس من باب
تأثير العقد، بل من باب ترتب الحكم على موضوعه بدليل
مستقل. وذكر لذلك موارد خمسة: -

١ - أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثر في الصمان
بالقيمة، مع أنهما لم يقصداً، لا الصمان بالمسمى

وتحقيق الحال فيه: أن الصمان بالقيمة بحسب الحقيقة به
يؤثر لعقد الفاسد فيه، وإلا لزم تأثيره فيه قبل تسليم العوضين،
كما كان العقد الصحيح يؤثر في صمان الدل لمسمى قبل ذلك،
فالموجب لضممان بالقيمة إنما هو التسليم لمستي على العقد،
حيث إنه ليس إقصاً محايياً، بل هو لأجل عقد المعاوضة،
وإقدامهما على الصمان، فلما لم يؤثر شرعاً، فمن تسلّم أحد
العوضين، عليه أن يرجعه إلى صاحبه، ولو تلف عنده، عليه أن
يؤدي قيمته أو مثله، ولا وجه لأن يؤدي لقيمة المسمّاه لأبها إنما
تضمن في العقد الصحيح

٢ - «أن الشرط الفاسد لم يُقصد معاملة لا مقرونة

وتحقيق الحال فيه - أن مضمون العقد - وهو التملك مثلاً - لا معنى لتقييده بالشرط، وإلا لزم عدم حصول التملك قبل حصول الشرط، فمضمون العقد ثابت متحقق بنفس العقد، وإنما الشرط إلزام في ضمن الفعل والقرار المعاملي، وإنما المشروط أناط التزامه بالعقد بذلك الشرط، فليس له حنه إذا كان سائعاً وعمل به صاحبه. وبالحملة، فساد الشرط لاوجه لكونه موحاً لفساد مضمون العقد.

٣ - قوله. «وبيع ما يُمْلَك وما لا يُمْلَك صحيح عند الكل».

أقول: أي إن المقصود هو المجموع، وانعقده في البعض غير المقصود. فإن الجراء يعاير الكل وساعة أخرى. هنا بيع واحد لا بيعان، والمقصود هو المجموع ولم يقع، والصحة بالنسبة إلى البعض توجب وقوع ما لم يقصد.

والتحقيق. أن أجزاء الصفقة بعضها يعاير البعض، لا أنه عيبه، فالملكية المضافة إليها لا يعقل أن تكون عين ملكية الغير أو كلا المملوكين مذكاً واحداً. فليس هناك بيع متعدد إحصائياً إلا بالطر إلى أن الملكية إذا كانت متعددة، فيحادها - بملاك وحدة الوجود والإيجاد - لا محالة يتعدد، فالتمليك لتأ متعدد

ورب شئت قلت: إن تملك البائع إما يؤثر في مورد قبل، وما لا يُمْلَك غير قابل لأن يُمْلَك، ولم تكن ملكية ما يُمْلَك مقيدة بملكية ما لا يُمْلَك، عية الأمر كان الاجتماع شرطاً صمناً من المشتري، وتخلفه يوجب خياره

والحاصل : أن ملكية البعض كانت مقصودة ولو صمتاً، فالعقد لم يتحلف عن القصد.

٤ - قوله : «وبيع العاصب لنفسه يقع للمالك، مع إعارته على قول كثير»

أقول : تحقيق الكلام أن هذا أحد الأقوال، وهناك قولان آخران : (المصاد) إما لأنه لا إشاء، أو لأن الإحارة إما تؤثر إذا كان فصولياً من ناحيته لا من ناحية غيره، (ووقوعه للعاصب بإحارة المالك)، وعلى هذين فيما أن لا يؤثر، أو لا يتحلف العقد عن القصد، كما هو واضح. وأما على القول المذكور في المتن فبم يتحلف أيضاً، لأن العاصب إذا أشأ التمليك، وكان قصداً له حقيقة، فهو يبيعه عن المالك، وينتج على أنه هو المالك وهذا الساء إدعاء وعط. فالبيع عن المالك يشأ وبالإحارة يشت

٥ - قوله : «وترك ذكر الأهل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً».

أقول : النكاح حقيقة واحدة، وعدم ذكر الأهل يقع الطبيعي وهو الدوام، إذا ليس الدوام قيداً فالنكاح مقصود، والأجل مقصود آخر لم يقع. فما وقع قصد، وما لم يقع لم يذكر ما يدل على قصده.

الإشكال الثاني وجوابه :

قوله . «ومنها أن يكون إرادة التصرف من الممتلكات، فتملك العين أو المنفعة بإرادة التصرف فيهما، أو معه دفعه، وإن لم

يحظر سال المثلث الأول الإذن في شيء من التصرفات، لأنه قاصد للمقل من حين الدفع، وأنه لا سلطان له بعد ذلك، بخلاف من قال: «عَبَقْ عَدَكَ عِي، وَتَصَدَّقْ بِمَالِي عَلَيْكَ»

وأجاب الشيخ عنه بقوله «وأما ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملّكاً، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل، ودليل جواز التصرف المطلق، وأدلة توقف بعض التصرفات على المثلث، فيكون كتصرف ذي الحيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطي والبيع وشبههما».

أقول لم يذكر بعض الأساطين التلف، مع أنه أيضاً كالتصرف في الإشكال، حيث إنه ساء على إفادة المعاطاة للإباحة، والتلف إن لم يكن مصمماً، لزم حوار استرجاع ما أعطاه، وإن كان مصمماً فالمثلث ولقيمة، لا المسمى

وحله. بأن التلف سواء كان قهراً أو عمداً، حيث لا يمكن المصير إلى كونه مملّكاً (لأنه يدرم أن يكون أمر واحد محدثاً للملكية ومُعَدماً لها بإعدام موضوعها) فلا بد من إلزام تقدّم للملكية، إما بلا سبب في تلف القهري، أو مسأاً عن الإرادة في الإلتلاف العمدي.

وأما لتصرف لمتوقف على الملك، فتريد بعض الأساطين بين الإرادة والمعية، بحيث أن بعضاً منها يمكن فيه المعية، كوطي لأمة المشتراة بالمعاطاة، فإن مقتضى قوته عليه السلام. «لاوطى إلا في ملكه» هو حرمة الوطي في ملك الغير، فتكفي

معية الوطني والمملك.

وبعضاً منها كالبيع والعتق والوقف الوارد فيها: «لا بيع إلا في ملك» و «لا عتاق إلا بعد ملك» أو «لا عتق لمن لا يملك» و «لا وقف إلا في ملك» لا يمكن المصير إلى المعية، حيث يلزم محذور سببية شيء للصديق في البيع، وللمشاقصين في العتق، فلا بد من كون الإرادة سبباً للملك.

وإشكال بعض الأساطين هو: أنه بقاء على الإباحة، فالمال باقٍ على ملك مالكه، ولا وجه لأن يكون شيء سبباً للخروج عن ملكه بدون إده. فإرادة الغير بدون إذن المالك كيف تكون سبباً للملكية؟ والسر في عدم إده أنه قاصد للنقل من حين المعطاة، وأنه قد خرج عن ملكه بحيث لا موضوع لأدنه

ثم دفع الدخيل بقوله: بخلاف (اعتق عبدك عبي) أو (تصدق بمالي عبدك) حيث إنه يأمره بالعتق يأذن له في أن يملكه ثم يعتق عنه، ويأمره بالتصدق يأذن له في التملك ثم تصدقه عن نفسه

وهذا الدفع للدخيل يستلزم على مالكية المعتق عنه والمتصدق عنه، أما لو قلنا بعدم لزومه، كما في العتق عن الميت، والصدقة عنه فلا محذور.

ثم إن جواب الشيخ ناظر إلى انحلال كلام بعض الأساطين إلى محذورين: أحدهما أنه تحصل الملكية بالتصرف، أو بإرادته بدون إذن المالك، مع أن مفاد (الناس مسلطون على أموالهم) عدم نفوذ تملك الغير بدون إذن المالك.

ثانيهما . أن ذلك تأسيس قاعدة جديدة، لا نظير لها

أما المحدور الأول فحواه . أنه يؤخذ بالدليل عليه، وإن لزم منه تخصيص عموم (الناس مستطون) والدليل عبارة عن الجمع بين أمور ثلاثة : -

أحدها: إن المعاطاة لا دليل على كونها مملّكة، والأصل لعدم .

ثانيها . قيام الدليل على حوار التصرف المطلق حتى المملّك

ثالثها . دليل توقف التصرف المملّك على الملك، فذلك دليل على حروجه عن ملك صاحبه، وحصول الملكية له بالتصرف أو بإرادته، وإن لم يأت المالک .

وأما المحدور الثاني فهو تصرف دي الخيار والوهاب فيما انتقل عنه، وصار ملكاً للغير، بوجوب حروجه عن ملك من عليه لحياز والمتّهب، وصيرورته ملكاً له بدون إذن المالک

أقول . أولاً كان للشيخ أن يقول بتخصيص ما دلّ على توقف التصرفات على الملك، بأنه لا بدّ من الملك إلا في المأخوذ بالمعاطاة، من دون حاجة إلى الإلتزام بالملكية بالتصرف أو إرادته

وثانياً: إن تصرف دي الخيار والوهاب، هو إرادة سب ملك الغير، لا التملّك بالتصرف

الإشكال الثالث وجوابه:

قال لشيخ الأنصاري قدس سره «ومها . أن الأحماس،

والركوات، والاستطاعة، والديون، والنفقات، وحق المقاسمة،
والشمعة، و الموارث، والربا، والوصايا، تتعلق بما في اليد مع
العلم بقاء مقابله وعدم التصرف فيه، أو عدم العلم به - فيسمى
بالأصل - فتكون متعلقة بغير الأملاك، وأن صفة الغني والفقر
تترتب عليه كذلك، فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك^(١)

وقل المناقشة لأناس شرح مراده، فقول. ١ - المأخوذ
بالمعاطاة، مع بقاءه وقبل تصرف الطرف الآخر فيما صار عنده،
ليس للأخذ، ومع ذلك فإذا زاد عن مؤونة السنة يتعلق به
الخمس، مع أنه لا يملكه.

٢ - وكذا إذا أخذ الحل والكرم بالمعاطاة، وانعقد التمر
والريب لديه، أو أحد الأعام الثلاثة والتفدين بالمعاطاة، وحال
الحول مع بقاء ما بيد صاحبه، تتعلق به الزكاة، مع أنه غير
مسئوك. بل، وكذا إذا أخذ بدر الحنطة والشعير، وحرثه، وبلغ
الحاصل النصاب، تتعلق به الزكاة، مع أنه ملك الغير.

٣ - إذا كان الزاد والراحلة مأخوذين بالمعاطاة، يلزم حصول
الاستطاعة، مع أنه لا يملكهما.

٤ - والديون:

أ - إما يلحاط أنه مال الغير يؤدي دية.

(١) هو اعتداد الأحكام وبركورات نوعاً واحداً، وانعنى ومقر كذلك، كان
المجموع عشرة، وإلا فهي اثنا عشر

ب - وإما بلحاظ أنه إذا أخذ بالتعاطي نسبة يصير مديوناً، مع أن ما لم يتصرف تصرفاً ملكياً ولم يتلف هو مديون، فيلزم تعلق الدين في قبال المباح.

ج - وإما بلحاظ أن دين الميت يتعلق بتركته المأخوذة بالمعاطاة، مع أنها ملك الغير

د - وإما بلحاظ أن العرماء يقتسمون دين المفلس ويأخذه عما بيده، مع أنه ليس له.

هـ - والنسقات: فإن واحبي الشفعة يطالبونها عن ما بيد المنفق، مع أنه لا يملكه.

٦ - حق المقاسمة: إذا اشترى حراً من المشاع بالتعاطي، فله حق مطالبة القسمة، مع أنه لا يملكه، والحق يحتصر بالمالكين.

٧ - حق الشفعة: إذا باع بالتعاطي أحد الشريكين ماله: فله شريكه حق الشفعة، مع أن المال باقٍ على ملك شريكه وكذا لو كان قد أخذ مشاعاً بالتعاطي وباع شريكه، فله حق الشفعة، مع أنه ليس بمالك.

٨ - والمواريث: فإن الورثة يرثون تركة الميت المأخوذة له بالتعاطي، فيرثون ما لا يملك.

٩ - والربا: لو باع بالتعاطي شيئاً من المكيل والمورور بما يحاسبه بالتفاضل، فإنه ربا، مع أن الربا لا محرم له في

المباحات، فإنه لا ضير في أن يبيع الشخصان مالهما لصاحبهما مع التفاضل.

١٠ - والوصايا - فإن من أوصى بإعطاء الأشياء التي كانت عنده - إما بالبيع المعاطاتي أو بالهبة المعاطاتية - لأشخاص، أو يصرفها في أعمال وعبادات، كان نافداً، وتعلقت الوصايا بها، مع أنها غير مملوكة له، وإنما هي مباحة له مادام ما دفعه إلى صاحبه كان باقياً.

١١ و ١٢ - وكذا الغنى والفقر. فإن من أحد سحو التعاطي مائلاً، وارتفعت قيمته بحيث بقي بمؤونة سنه فهو غني، وكذا لو وُهب له، مع أنه غير مالك، وارتفع القيمة في مال غيره.

وأيضاً لو أعطى ما كان يملكه بالمعاطاة نحو الهبة أو غيرها، فهو فقير، مع أنه لم يخرج ما أعطاه عن ملكه

وقد أحاب الشيخ الأمصاري (قده) عن هذا الإشكال بقوله. «وأما ما ذكره من تعلق الأحماس والركوات إلى آخر ما ذكره، فهو استبعاد محض، ودفعها بمحالمتها للسيرة رجوع إليها، مع أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحج، وتحقق العى المانع عن استحقاق الزكاة لا يتوقفان على الملك».

أقول: يحتمل في عبارة الشيخ (قده) أحد أمور^(١) -

(١) لا يعني قصور عبارة شيخ الأمصاري (قده) عن تأديه المراد. وبذلك حُلّ سبب الخلاف (قده) الاحتمال في العبارة

أ - إن دفع المذكورات عن تعلقها بغير الملك، بمحالفتها -
ما هي ثابتة في غير الملك - للسيرة، على ثبوتها في الملك
رجوع إليها، وقول لها، مع أن الكلام إنما هو مع عدم قلول
لسيرة في افادة المعاطاة للملكية.

ب - إن دفع المذكورات عن المأخوذ بالمعاطاة، والقول بعدم
تعلقها بسبب محالفتها للسيرة في تعلقها بالأموال، رجوع إلى
لسيرة واعتماد عليها، وعلى ذلك فيؤخذ بالسيرة في المعاطاة، إذ
السيرة متبعة في كل مورد

ج - دفع محروصة الاستعداد، أي أن القول بأن ذلك غير
صحيح، لأن تعلق هذه بغير الملك محال للسيرة - فإنها قائمة
على تعلقها بالملك - رجوع إلى السيرة واعتماد عليها، وعلى ذلك
والمعاطاة لا محال للقول بأنها تعيد الإباحة

قال السيد الطباطبائي قدس سره «والظاهر أن مراده أن
الحكم بعدم تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة استعداد محض،
فإن أن يلتزم بعدم التعلق، ولا بأس به ودعوى أنه محال للسيرة
- حيث إنها حاربة على التعلق - مدفوعة بأنه على هذا، تكون
السيرة دليلاً على التعلق، وإن كان محالاً لمقاعدة لأنها دليل
نحصيلها، ولا بأس بالالزام به»^(١)

أقول أي لا غرابة ولا قاعده جديدة

وأشكر الشيخ الأستاذ بأن كشف العطاء لم يستعد عدم

(١) تعليقه السيد محمد كاظم اليردي على المكاسب ج ١ ص ١٥٥

التعلق، بل استبعد تعلقها مع عدم الملك، حيث قال. (فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك).

وفسر شيخنا الأستاذ (قدس سره) عبارة الشيخ الأنصاري بقوله: «إن تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة، مع عدم كونه ملكاً، بل مساحاً، وكون حال هذا المباح الحاص حال الأملاك، لا مانع منه إلا مجرد الاستعداد، إذ المعروف حوار جميع التصرفات حتى الموقوفة على الملك، وتعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة ودفع هذا الإلزام بمخالفته للسيرة - حيث إن سوء المشرعة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، بحيث لو سئلوا عن وجه تعلق المذكورات به، لأجابوا بأنه كسائر الأملاك التي تتعلق بها المذكورات - رجوع إلى الاستدلال بالسيرة على الملك، والمفروض السوء على الإباحة، وإن تأسيس قواعد جديدة يقتضي القول بالملك، لا أن السيرة مقتضية له»^(١).

مناقشتنا للأمثلة.

أما الخمس. فلا إشكال فيما كان بالعوض واستخراج الكر والمعدن، وإما هو في المكسب إذا كان بالتعاطي مع زيادته على لمؤونة، وفي الأرض التي اشتراها الدمي من المسلم، فقول الإشكال من حيث تعلق الخمس بما لا يملك وارد، لكن الخمس لا يسقط، فإنه يتعلق بماله الذي في يد صاحبه، وكذا في الأرض المشتراة يتعلق الخمس بعد تصرف البائع في الثمن المأخوذ من

(١) حاشية لشيخ محمد حسين الأصمعي عن لمكاسب ح ١ ص ٢٩

الذمي .

وأما الركة فهي متعلقة بالأنعام الثلاثة والبقرين، وفي ثمر
الحل والكرم المأخوذين بالمعاطة، غاية الأمر كان المحاطب بها
المالك دون المتعاطي، وكان المدار على حول المالك دون
المتعاطي، وكذا الحب المروع المأخوذ بالمعاطة والحاصل .
أن الأخذ بالمعاطة عبر مكلف، لكن ذلك لا يعي سقوط الركة،
فيمكن القول بأن الأحد يحوز له التصرف في ملك الغير بأداء ما
على الغير من التكليف، فلم يكن غير الملك في حكم الملك،
بل كان المالك متفاوتاً .

وأما الاستطاعة: فلا دليل على توقفها على الملك، بل على
التمكن، وذلك صادق مع الإباحة، ويشهد عليه ثبوته بالبدل
وأما الدين: ففي القسم الأول لا محدود فيه، فإنه يحوز أن
يؤدي الدين بمال الغير مع إده .

وأما القسم الثاني فلا صير في المصير إلى أنه في معرض
أن يكون مديوناً، لاقتضاء العادة أن ينتهه - ولو بعصه - بالأكل
والشرب، أو يبيعه وغير ذلك، فيحصل له الملك ويصير مديوناً

وأما القسم الثالث فالورثة وإن لم يرثوا ما حقه الميت مما
أحده بالمتعاطي، لكنهم يرثون ما أعطاه الميت في قال ما أحده،
ثم يتصرف الأخذ أو اتلافه، يملكون ذلك. ولما أن يقول: أن
الموت بمثابة التصرف والإتلاف، والدليل الدال على أنهما يوحان
لملك من السيرة وبحوها، دال على ذلك

وأما الربا: فحرمة ثالثة، حيث إن الحرمة عبارة عن الهي
عن التملك بعوض مع التفاضل، ولا تثبت الإباحة، فإنها في
البيع المعاطاتي الفاقد للصفة، لا المقرونة بعدم المقتضي أو
بشوت المانع من حيث الربوية.

وأما الشفعة: فيمكن القول بأنها ثالثة لشريكين عرفاً، وإن
لم يكونا مالكين، أي أن البيع العرفي والشركة العرفية كفيان في
الأخذ بالشفعة، كذا قال العلامة الحراساني

أو يقدر. إن المتعاطي منزل منزلة المالك، الذي له حق
الشفعة

الإشكال الرابع وجوابه:

قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «ومنها: كون التصرف من
حائب مملّكاً للحائب الآخر، مضافاً إلى عرانة استبد المثلث إلى
التصرف».

أقول. ليس محرد العرانة، بل الإستحالة، للروم اجتماع
انضدين في التصرف السعي والقبضين في العتق

وأجاب الشيخ عن هذا الإشكال بقوله «وأم كون التصرف
مملّكاً للحائب الآخر، فقد ظهر حوانه» أي ذلك مقتضى الجمع
بين الأصل، ودليل حوار التصرف المطلق، وأدلة توقف بعض
التصرفات على الملك، فيكون كتصرف ذي الحبار والواهب فيما
انتقل عنهما بالوطي والعتق وشبههما

أقول. هذا إنما يلائم الحواب عن استناد الملك إلى التصرف، وأما إشكال كون التصرف من حاب مملوكاً للحاب الآخر فلا يرتفع بذلك، فإن مقاده أن التصرف من جانب يوجب ملكية نفسه، فحيث لا يمكن المصير إلى بقاء الإباحة في الجانب الآخر، فإنه يلزم منه حواجز أن يسترجعه ذلك المتصرف فيكون مالكا لما في يده محاباً، ولا يُصار إليه، فلا بد من أن يملك لحاب الآخر، وذلك ملكية بلا مسب

نعم، على مسئلة العلامة الحراساني لا يرد الإشكال، فإنه يرى إعادة المعاطاة للملكية مشروطاً بالتصرف - ولو من جانب - نظير إعادة بيع السلم للملكية بشرط قبض الباع للثمن، وحيث إذا ملك أحدهما فلا بد من أن يملك الآخر، لمكان أن التملك إنما هو بالعوض ويمكن أن يقال إن اعتبار الشارع ملكية أحدهما بتصرفه فهو اعتبار ملكية بعوض يكون خارجاً عن ملكه وداحلاً في ملك صاحبه.

الإشكال الخامس وجوابه

قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «ومها»^(١) جعل التلف السماوي من حاب مملوكاً للحاب الآخر، والتلف من الحاسب معباً للمسمى من الطرفين، ولا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت»

(١) تعريب لإشكال من جهتين: إحداهما أن مملوك التلف إنما منه، أو معارفاً، أو بعده، ولكن مستحيل تأنيدها أن تكون تلف مملوك الآخر

ثم أحاب عن الإشكال بقوله: «وأما كون التلف ممكناً
للدحانيين، فإن ثبت بإجماع أو سيرة - كما هو الطاهر - كان كل من
المالين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله
مضموناً بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع، لأن
هذا مقتضى الجمع بين هذا الإجماع، وبين عموم (على اليد ما
أحدث) وبين أصالة عدم المثلث إلا في الزمان المتيقن وقوعه فيه

توصيحه^(١). إن الإجماع لما دلّ على عدم ضمانه بمثله أو
قيمته، حكم بكون التلف من مال ذي اليد، رعاية لعموم (على
اليد ما أحدث) فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية
الواردة في أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، فإذا قدر
التلف من مال ذي اليد فلا بد من أن يقدّر في آخر أرمية إمكان
تقديره، رعاية لأصالة عدم حدوث الملكية قبله، كما تقدّر ملكية
المبيع للبائع وفسخ البيع من حين التلف استصحاباً لأثر العقد»

أقول: ويدور الأمر في ذلك بين التخصيص والتخصّص، ويقدم
الثاني بمقتضى الطهور العمومي، فيقدّر الملك ألباناً.

وبعبارة أخرى: إذا قال: أكرم العلماء، وقال لا تكرم ريداً،
ودار أمره بين العالم والجاهل، فيوجب إكرام ريد العالم يلزم
النهي عن إكرام زيد الجاهل، ويؤخذ به بمقتضى عموم. أكرم
العلماء، لأصالة العموم وهاها عموم (على اليد) يقتضي ضمان

(١) يقصد بذلك توضيح الجمع بين عموم (على اليد)، والإجماع على عدم المثل
والقيمة، وأصالة عدم الملك بالتعاطي.

العتل والقيمة، والإجماع يقتضي ضمان المسمى، فيدور الأمر بين انتقال التلف إلى من وقع التلف عنده قبل التلف فيكون تخصصاً، وبين بقائه على ملك المالك ويكون ضمان المسمى تخصيصاً فيقدم الأول

وعلى هذا فيلزم كونه مالكاً لملكية الآخر ما عنده، لعدم إمكان الملكية المحاية (ويستصحب عدم الملك إلى الرمان المتيقن وهو أن ما).

قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «ومع حصوله في يد العاصب، أو تلفه فيها، فالقول بأنه المطالب - لأنه تملك بالعصب أو التلف في يد العاصب - غريب، والقول بعدم الملك بعيد جداً، مع أن في التلف الفهري إن ملك التلف قبل التلف معجيب^(١)، ومعه بعيد لعدم قابليته، ويعدده ملك معدوم. ومع عدم الدحول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض، ونفى الملك مخالف للسيرة وبناء المتعاطيين».

ثم أجاب الشيخ عن هذا الأشكال بقوله: «وأما ما ذكره من صورة عصب المأخوذ بالمعاطاة، فالظاهر - غنى القول بالإباحة - أن لكل منهما المطالبة ما دام باقياً، وإذا تلف فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف، تلفه من مال المعصوب منه نعم لو قام إجماع كد تلفه من مال المالك، لو لم يتلف عوضه قبله».

توضيح ذلك. أنه إن كان باقياً في يد الغاصب، فلكل منهما

(١) أي عجيب أن يؤثر المتأخر في سابقه.

المطالبة، هذا لمالكته، وذاك لأنه المباح له، وله السلطة على
الانتزاع من يد العاصب، وإن كان تالفاً فإطلاقاً مملوكة التلف هي
كلامهم (أي التلف في يد أي شخص كان) موجب لملكية
المعصوب منه، فلا عرانة رائدة على مملوكة التلف

ثم إنا نحتر ما ذكره من الملك قبل التلف، ونقول: ليس
السبب هو التلف حتى يلزم تأخر لعله، بل التلف كاشف عن
الملكية آنأ ما، بطير التلف قبل القص

تقوية القول باللزوم:

قال الشيخ الأصاري قدس سره: «فالقول الثاني لا يحبو عن
قوة».

أقول بل هو الأقوى، إذ الأصل لا يقوم العموم، والسيرة
والشهرة لا حجية لهما من أصلهما
قوله . «أو بشرط كون الدال على التراصي لفظاً».

أقول. تقريب ذلك أن مقتضى عموم اية الحل وبحوها، هو
الصحة واللزوم، لكن قد ادّعي الإجماع على اعتبار الإيجاب
والقول، والمتيقن منه عدم صحة المعاطاة المحردة عن اللفظ
بالكلية، فيبقى ما كان فيه الدال على التراصي لفظاً تحت ذلك
العموم.

لكن يشكل عليه أن الإجماع المدعى لو اعتمد عليه، كان
معاده انحصار الأمر في خصوص الإيجاب والقول، وعليه فلا

يكفي مجرد الاشتغال على لفظ الدال على التراصي.

قوله . «فلا ينفع الاستصحاب»

أقول لعدم تمامية كلا ركيه، لو كان الثابت هو الملك المتزلزل، بطراً إلى الشك في حدوثه، والقطع بارتفاعه على تقدير حدوثه، وعدم تمامية أحد ركيه (وهو اليقين بالحدوث) لو كان الثابت هو الملك المستقر

قوله . «بل ربما يراد استصحاب بقاء علة المالك الأول».

أقول : فيكون الحاصل أصالة الحوار؛ فإن معنى بقاء علة المالك الأول تأثير رجوعه في روال ملك صاحبه ثم إن هذا الاستصحاب لو تم لم تقع الحاجة إلى إبطال أصالة التروم، بل لو كانت صحيحة نقدّم هذا الاستصحاب عليها من حيث الحكومة.

ثم أقول : لم يجب المصنف (قده) عن ذلك، لوصوح عدم تماميته، فإن علة المالك الأول، إما كانت عبارة عن الملكية وما يتبعها من السلطة على التصرف، وبعد المصير إلى صحة المعاطاة تكون الملكية ونواعها رائلة لا محالة.

ولا محال لتوهم كون الملكية ذات مراتب، حتى يقال باحتمال بقاء مرتبة ضعيفة منها للمالك الأول، فيستصحب ويُتعدّد تأثيرها في السلطة على الرجوع، ضرورة أنها أمر اعتياري، ولا مسرح لتعدّد المرتبة في مثله.

قوله «كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب»

فتأمل

أقول . بطراً إلى أنه من القسم الثاني من استصحاب الكلي

المذكور في الأصول، وما أمر به من التأمل -

١ - ربما يقال ^(١) إنه بملاحظة كون المورد من الشك في المقتضى، بتقريب: أن الملكية الحاصلة للأحد بالتعاطي في كونها معيَّاة شرعاً رجوع المالك الأول، والشك في العاية بالشبهة الحكمية شك في المقتضى

وفيه . أن الظاهر أن الملكية التي يعترها الشارع في أي مورد، هي من الأمور التي متى ثبتت استمرت، إلا أن يرفعها رافع . وفيما نحن فيه يشك في أن رجوع المالك الأول يزيلها عن الأخذ أم لا؟

اللهم إلا أن يقال - إن هذا الشك إنما هو لأجل دوران الأمر، وعنوان الملكية الحادثة بالمعاطاة هل هي بحيث يزيلها الرجوع أم لا؟ ومآل ذلك إلى الشك في المقتضى . لكن يتوجه عليه بأن الملكية من الأمور التي تفصل الانتقال الاختياري أو القهري، والشك في المقام قد تعلق بأن رجوع المالك الأول هل أوجب انتقال الملك إليه أم لا ؟ فيستصحب عدمه .

٢ - وربما يقال - إنه بملاحظة أن الشك في بقاء الملكية وعدم تأثير الرجوع، مسبب عن الشك في حدوث الملكية اللازمة، وحيث أن الأصل عدمه فهو حاكم على استصحابها .

وفيه . أولاً - إن الشك إنما هو في أن الملكية الحاصلة من

(١) هذا المورد للمعلّمة المحقق الأحمدي (قدس سره)

أي القسمين ^(١)، ولا حالة سافقة لعدم لزومها
وثانياً - ليس التسبب شرعياً، وإنما هو بالملازمة العقلية،
والأصل حيثئذ مثبت.

٣ - وربما يقال ^(٢) - إنه بملاحظة أن استصحاب القدر
المشترك إنما يحري فيما يكون له أثر في حد نفسه، مع قطع
لنظر عن أثر الفرد، بخلاف ما نحن فيه فإن استصحاب الملكية
بعد رجوع المالك الأول عبارة أخرى عن التعمد بلزوم المالك
للحادث واستمرار بقائه

وفيه . أولاً - إن استصحابها عبارة عن التعمد بها في الزمان
الثاني، وذلك يوفق نحو المقارنة لعدم تأثير رجوع المالك الأول،
ولكون الملكية الحادثة هي اللازمة لا أنه هو هو، أو عبارة أخرى
عه .

وثانياً - إنه يكفي ترتيب أثر حوار تصرف الآخذ فيما انتقل إليه .
قوله : «أن انقسام المالك إلى المنزول والمستقر، ليس
باعتبار اختلاف في حقيقته» .

أي أن الانقسام كذلك، ليس على الحقيقة، لأنه ليس من
اختلاف الماهية نوعياً أو صفياً، وإنما هو انقسام بالعرض بلحاظ
اختلاف الحكم شرعاً ومن الواضح أن هذا الاختلاف لا يعقل أن
يكون داخلاً في ذات الموضوع، لتقدمه عليه رتبة، مضافاً إلى أن

(١) وليس الشك في تحقق المثلث اللازم في حد نفسه

(٢) هذا القول بعلامه الثاني (قدس سره)

الحكم الشرعي أمر محمول للشارع، فيستحيل أن يكون من مقومات ماهية الموضوع.

وأيضاً يحدث اللزوم بعد الحوار في مثل خيار المجلس، وخيار الحيوان، وغيرهما وكذا يحدث الحوار بعد اللزوم كما إذا تأخر ظهور العيب أو العيب، أو تعيب المبيع قبل القبض، إلى غير ذلك ولو كان الحوار واللزوم داخلين في ماهية الملكية، لزم تبدل الحقيقة، والضرورة قاصية بخلافه. والحاصل أن المستصحب في مورد الشك في الحوار واللزوم، هو شحوص الملكية الحادثة دون القدر المشترك.

قوله : «ويدل عليه، مع أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك.»

استدل (قده) بثلاثة أمور لمدعاه المذكور وما ذكره بقوله (مع أنه يكفي...) ينبغي أن يكون العرض منه بيان عدم الحاجة إلى الاستدلال، كما هو واضح:

ثم إنه (قده) لو لم يأمر بالتأمل في استصحاب القدر المشترك لاستقام ما ذكره من كفاية هذا الشك، فإنه يشك وحدواً في بقاء الملكية بعد الرجوع، فتستصحب من غير حاجة إلى تشخيص كونه استصحاباً للكلية أو الفرد، لكن مقتضى الأمر بالتأمل عدم تمامية ذلك الاستصحاب، فكيف يمكن الرجوع إليه؟

نعم، لو كان تشخيص عموم الهي عن النقص بالشك في الراعي لتيّاً أمكن التمسك به في الشبهة المصداقية (أي مع الشك

في كون اللروم والحوار من خصوصيات الملك أو من أحكامه) لكن الأمر ليس كذلك، فإن القائل بعدم حريان الاستصحاب في مورد الشك في المقتضي يرى عدم صدق النقض معه، وعليه فإذا شك في أن اللروم والحوار من أي القسمين، لكان صدق النقض على رفع اليد عن الحالة السابقة مشكوكاً فيه، فلا يبقى محال للاستصحاب.

هذا ساء على أن الأمر بالتأمل للإشارة إلى أنه من قيل الشك في المقتضي، وأما إن كان إشارة إلى أن استصحاب القدر المشترك يساوق التعدد بأحد المرددين - فإن بقاءه بعد الرجوع عبارة أخرى عن الملك اللارم - أمكن المصير إلى كفاية الشك في أن اللروم والحوار، من خصوصيات الملك أو سبه، يلحظ أن المهم هو اليقين بالحدوث والشك في الروا، وذلك حاصل، وإنما يمع عن إحرء الاستصحاب ما إذا أحرز كون المستصحب هو القدر المشترك لما تقدم، ومع الشك فيه لا بأس بإجرائه، فإنه شك في المانع وإن شئت قلت: إنه بمثابة التخصيص اللبي فيؤخذ بعموم (لا تنقص) مع الشك في مصداق المحضص اللبي، فليتدر.

قوله «ومع أن المحسوس بالوحدان أن يشاء الملك في الهمة اللارمة وغيرها على نهج واحد»

هد إنما يمع في الاستدلال على أن اللروم والحوار ليسا بحصل الملك، دون أن يكونا من خصوصيات الملك بحصل الشارع.

قوله : «التفصيل بين أقسام الملك المختلفة، بحسب قصد الرجوع، وقصد عدمه، أو عدم قصده»

إنما جعل منشأ الاختلاف: قصد الرجوع، وعدمه، وعدم القصد، مع أن الخصوصية المسحوت عنها هو الحواز وال لزوم، لأجل أن ما يتمشى من المالك في جعله ما به الاختلاف ليس إلا هذا النحو من القصد.

قوله : «إد لا تأثير لقصد المالك في الرجوع وعدمه»

بداهة أن لزوم الهبة مثلاً فيما كانت لدي رحم ثابت، وإن قصد الواهب الحوار ورجوعه فيما وهب، وكذا حوارها فيما كانت لأخني بلا عوض ثابت، وإن قصد الواهب اللزوم، وعدم الرجوع، وأيضاً مع عدم القصد من الواهب بالنسبة الى الرجوع وعدمه لا يتفاوت حكم الهبة.

والحاصل: أن اللزوم والحوار إن كانا يحل المالك، فمشأهما قصده الرجوع وعدمه، إد لا معنى لهما من ناحية المالك إلا ذلك، ودوران الأمر مدار قصده باطل بالضرورة، ولذا لو وهب هبتين إحداهما لدي رحم، والأخرى لأخني بلا عوض، كانت الأولى لازمة والثانية حائرة، وإن كان هو عاقلاً عن اللزوم والحوار.

قوله : «لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المشيء، وهو باطل».

والسر فيه . أن اعتبار الملكية للمسايبين ليس حكماً ابتدائياً

الموضوعه حتى يصح احتلافهما، بل هو من باب الإمضاء، فلا بد من أن يكون على طوق الممضى، والا لزم الحلف، فلا يعقل أن يحكم الشارع بالملكية اللازمة مع قصد المالك الرجوع، وبالعكس.

قوله : «من مع وحوب إمضاء المعاملات الفعلية على طوق قصود المتعاطيين»

عدم اعتبار الملكية، مع كونها مقصودة للمالك، عبارة عن عدم الإمضاء وجعله موضوعاً للإباحة استقلالاً، وأين ذلك من اعتبار الملكية على طبق قصد المتعاطيين بسحو الامضاء، وتحلفهما من حيث اللزوم والحوار، بناء على كونهما خصوصيتين في الملكية بحكم الشارع .

قوله . «فلا إشكال في أصالة اللزوم» .

أي يحري هذا الأصل في الشهة الحكمية والموضوعية، نسو واحد، فإنه إذا لم يحري في الشهة الموضوعية (مثل ما إذا شك في أن المعاملة بينهما كانت بيعاً أو هبة) ما ينفي عنوان أحدهما، فيشك في ارتفاع الملكية المتينة بعد الرجوع، يستصحب بقاؤها

وعلى هذا يكون مدعي الحوار مدعياً ومدعي اللزوم منكراً، إذ الأول يدعي حق التراد وارتفاع ملكية صاحبه برجوعه، والثاني ينكره والأصل معه. إلا أن يقال. إن ميراث الترافع هو مصب الدعوى من دون نظر إلى ما يترتب عليها من الأثر، كان الترافع بينهما بالتداعي

المحكوم بالتحالف.

لكن لا محال للمصير إلى ذلك، ضرورة أن لدعوى بلا أثر لا مساغ لترتيب الأثر عليها، ومع لحاظ الأثر لا يكونان متداعيين، بل أحدهما مدع والآخر منكر.

نعم، لو فرض لكل من العوائين أثر خاص يعاير أثر الآخر بالكيفية، فالأمر بينهما نحو التداعي لا محالة.

قوله «ويدل على اللزوم مصافاً إلى ما ذكر» عموم قوله صلى الله عليه وآله الناس مسلطون على أموالهم».

أي يدل على ذلك في خصوص الشهة الحكمية، كما فيما نحن فيه أعني مسألة المعاطة، وأما في الشهة الموضوعية فالتمسك بهذا العموم ليس إلا تمسكاً بالعام في الشهة المصدقية

ثم إن الاستدلال بهذه الرواية ليس بعمومها الأرضي والأحوالي (أي السطوة على المال سواء قبل رجوع المالك الأول أو بعده) فإنه مع التمسك بأصالة عدم بعد رجوعه، واستصحاب بقاء ملك الأحد، يرجع إلى ما تقدم، ولا يكون من الاستدلال بالرواية ومع عدم التمسك بذلك يكون من باب الأحذ بالحكم مع عدم إحرار الموضوع، فإنه يشك في كونه ملاً مصفاً إلى صاحبه بإضافة الملكية.

بل الاستدلال بها بعمومها الاطلافي بحسب جميع مراتب السلطنة، حيث إن العموم كذلك، يلزم عدم تأثير الرجوع،

ضرورة عدم اجتماعه مع سلطة الغير على تملكه برحوعه

لا يقال إن السلطة كذلك إنما هي في موضوع إضافة المال إلى صاحبه، والرحوع يوجب تدل الموضوع، فلا تراحم بينهما، كما لا يتراحم الحاكم والمحكوم، والوارد والمورود

لا بد منه. بأن تدل الموضوع لو كان، فهو في رتبة متأخرة عن الرحوع، وأما في مرتبة الرحوع وإضافة المال إلى صاحبه محفوظة، ودليل السلطة يلزم عدم تأثير الرحوع

قوله «وبما ذكرنا نمسك المحقق رحمه الله في الشرايع على لزوم القرض بعد القبض...».

أي استدلال على لزوم القرض بأن المقرض يملك ما قبضه، فله السلطة عليه، وليس للمقرض الرحوع فيه

قوله «ومنه يظهر حوار التمسك بقوله عليه السلام: لا يحلّ مال امرئ إلا عن طيب نفسه»

أقول ما عثرنا عليه روايتان إحداهما: (لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه)

والأخرى (لا يحلّ دم امرئ مسلم، ولا ماله إلا بطيبة نفسه)

قوله . «فلا يحلّ التصرف فيه، ولا تملكه إلا بطيب نفس المالك».

أقول يشكل الجمع بينهما، فإن حرمة التصرف حكم

تكليفي، وحرمة التملك حكم وصفي، فلا بد من إرادة أحدهما.
والظاهر أن يكون المراد هو لأول، كما ورد انصريح به في ما
ورد عن الحجة عجل الله تعالى فرجه حيث قال «لا يحل لأحد
أن يتصرف في مال غيره بغير إيدنه» فلا يدل على المطلوب

النهى إلا أن يقال: إن التقدير خلاف الأصل، وأن طاهر إسام
عدم الحل إلى نفس المال هو أحده نحو التملك، لكن حيث لا
دليل على تعيين كونه هو المراد، فيتردد بين الأمرين، ولا تنفي
صحة الاستدلال في البين

والحاصل أن المحلية وإن كان لمعناها اللغوي نحو من
العموم بالإضافة إلى التصرف والتملك، لكن حيث وقعت في حيز
الإنشاء - أي إنشاء - فإما أن يكون المراد هو الصبي التكليفي
أو الوضعي، لا هما معاً.

قوله: «ويمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا
أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بَيْنَهُمْ فِئَةً﴾»

ملخص الاستدلال. تارة بالمستثنى، بتقريب حصر حوار
الأكل المراد به حوارة نحو التملك، في التجارة عن تراص، فلا
يشمل الرجوع على ما بينه (قده) وأخرى بالمستثنى منها،
بتقريب أن أكل المال نحو التملك من غير رضا مالكة أكل
بالباطل، ولا يحلو ما ذكره (قده) من بطر، حيث إن طاهر (لا
تأكلوا أموالكم بيسكم) هو المعاملة والمعاوضة، فالرجوع خارج عن
موضوعه بالكلية، فلا يشمله مطوف الهيء، ولا مفهوم الحصر.

فليتدبر.

قوله : « والتوهم المتقدم السابق حار هـ ».

أقول هكذا في السخ المتداولة والمعنى حيثئذ: حريان
التوهم مع دفعه، فإنه يتوهم أن حرمة أكل مال الغير إنما هي مع
سحاط موضوعه، فلا يدل على عدم حوار الرجوع والمسخ،
فبهما يرفعان الموضوع.

ويدفع بأن الأكل عبارة عن الأعم من التصرف والتملك بأي
سبب كان.

وقال شيخنا الأستاذ الأصمهايي قدس سره إن في بعض
السح المصححة لبعض الأحلة إن العدة (غير حار ههنا)

أقول . الظاهر أنه كذلك، ويشهد عليه تعبير المصنف (قده)
بقوله . « لأن حصر محور الأكل في التحاره » فإن احصر حوار
الأكل بسحو التملك في لتحاره عن تراص يدل على عدم حوار
الرجوع والمسخ، فلا محال لحريان التوهم

هذا كله مع قطع النظر عما أشكنا على الاستدلال أنها

قوله : « مثل قوله عليه السلام اليعان بالحيار ما لم
يفترقا »^(١).

أقول: وكان الأولى أن يستدل بما في دليل بعض رويات حيار
المجلس من قوله (ص). « فإذا افترقا فقد وحب البيع »

(١) الوسائل - باب ١ من أبواب الحيار، الحديث ١

والظاهر أن عرصه (قده) من الاستدلال بما ذكره، هو أنه يدل على اقتضاء البيع في حد نفسه لتروم، وإما الخيار محدود بعدم الافتراق ويمكن أن يشكل عليه بأن الترادف في لمجلس في المعاطاة ليس من أجل حل العقد حتى يصدق عليه الخيار

قوله . «وقد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى ﴿وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ سوءاً على أن العقد مطلق العهد، كما هي صحيحة عند الله بن سنان».

أقول. وعن تفسير القمي عن الصادق عليه السلام «أي بالعهود» وربما يشهد على ذلك إسناد الوفاء، فإنه يلائم العهد وقد استعمل فيه كثيراً كما في قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿يَلِي مَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ وَاتَّقَى﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤَفَّقُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ مِنَ اللَّهِ﴾^(٥) إلى غير ذلك.

تحقيق الكلام في قوله. (إنما يحل الكلام ويحرم الكلام) روى الشيخ الطوسي بسنده عن خالد بن الحجيح^(٦) ق.ن.

(١) سورة البقرة / ٤٠

(٢) سورة الحجر / ٩١

(٣) سورة آل عمران / ٧٦

(٤) سورة البقرة / ١٧٧

(٥) سورة التوبة / ١١١

(٦) كما عن العلامة في (إيضاح لاشياء)، على نقل المعقاني منه

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يجيشي، ويقول: اشتر لي هذا الثوب وأرسلك كذا وكذا»^(١)، فقال عليه السلام أليس إن شاء أحد، إن شاء ترك؟ قلت: بلى^(٢)، قال لا بأس، إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام»^(٣).

وفي بعض الصحاح عن يحيى بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام «عن رجل، قال لي اشتر لي هذا الثوب أو هذه الدابة، وبعبها أرسلك فيها كذا وكذا قال لا بأس بذلك إشتريها ولا تواحه البيع قبل أن تستوحى أو تشتريها»

قوله «إن هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوها»

أراد بقطع النظر أن يتسع المحال لذكر الاحتمالات التي منها كون المراد هو المنتصف، وإلا فإن المصدر قريبه صريحة على أن المراد من الكلام هو الكلام بتمامه، لا مجرد القول والتلفظ .
ولاحظه سيأتي منه استظهره لعدم زدة المعنى الأول
ثم إن الوجوه التي ذكرها أربعة:

(١) الظاهر أنه ليس بوكيل في شيء، وإلا قال ذلك كذا وكذا، أو أخرجت عمالك كذا وكذا، بل مجرد - يدعي - بعبه لي مع الاسترباح بكذا وكذا
٢) كذا كلام - حين يحمل مريض أحدهما - أن يكون الأمر بالاشتراء كناية عن قبول بيع فعلا، بحيث يكون مديون واحد، وعليه يكون ذلك سواء ما يبيع عند بائع، وفيه سائر - تسببه - الأمر به نحو لسو - والمقصود، بحيث يكون - الاحتمار في الواحد والآخر

(٣) الوسائل - باب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤

١ - حصر الحلية والحرمة في اللفظ المتعدد الذي يدل أحدهما على الحرمة والآخر على الحلية ويكون الدلالة إما بالمطابقة، بأن يقول: حلت لك مالي أو حرمتي، أو بالانتماء بأن يقول: بعثك هذا أو فسحت بحق الخيار، وبحود ذلك

٢ - حصر الحلية والحرمة في الكلام المتعدد بماله من المصنوع المتعدد، أي بعض المصامير المؤداة بالكلام محرم وبعضها محلل. كما في الحديث. أن لا يقول الرارع لصاحبه ثلث للبدن، وثلث للبقر، أي والباقي لك، فإنه يحرم الكلام. بل يقول أنا أروع هذه الأرض، ولك الثلث أو النصف بأن يشتركا في الزراعة، ويكون من أحدهما الأرض، ومن الآخر الررع والبدن والبقر وغير ذلك من مقدمات زرعه.

وكما مثل المصنف بأن لتسليط على التصع مدة معينة، تارة يكون قولها. ملكنت نفسي، أو سلطت عليه، أو آخرتك فلا يحلل، وأخرى تقول: متعتك نفسي فحلل

٣ - حصر الحلية والحرمة في الكلام الواحد، إما باعتبار وجوده وعدمه، فيكون وجوده محلاً وعدمه محرمًا، أو بالعكس، أو باعتبار محله وغير محله، فيحل في محله، ويحرم في غير محله.

٤ - أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاومة والمواعدة، ومن الكلام المحرم إيجاب البيع وإيقاعه والظاهر أن المعنى الثالث يتضمن قسمين أحدهما من حيث

الوجود والعدم، والآخر من حيث المحل وعدم المحل
أما الأول فمثاله - أن الأدب يحلّل التصرف في مال، وعدمه
يحرم أو عدم تسمية الدر والبقرة في المراعاة يحلّل، وتسميتهما
تحرم.

وأما الثاني. فالعقد على الحلية يحلّل، وعلى المعتدة يحرم
وهكذا.

وربما يراد في الثالث - في قسمه الأول - أن الكلام إذا
استجمع الشرائط يحلّل وإلا فلا يحلّل، والحرمة حيث وإن كانت
لأجل سبها، لكن حيث ارتفاع السب بالكلام، فعدمه يسب إليه
التحريم.

وعن الفيص في (الوافي): أن الكلام - وهو إيجاب البيع -
إنما يحلّل نفياً ويحرم إثباتاً في بيع ما ليس عنده
ويعود فنلخص المعاني الأربعة بما يأتي -.

- ١ - الكلام بماله من معنى التحليل والتحريم، أي كلامان.
- ٢ - الكلام بماله من المصمود، أي مصمونان وكلامان.
- ٣ - كلام واحد، والاختلاف تارة من حيث وجوده وعدمه،
وأخرى من حيث وقوعه في محله.
- ٤ - سحان من الكلام: أحدهما المقابلة، والآخر إيجاب
البيع.

وهما معنى خامس من العلامة الأخوي وصاحب الجواهر

حيث قال بعد كلام له : «وعليه يحمل قوله عليه السلام: (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) على معنى إرادة التحليل التابع للملك الذي من شحص إلى آخر، فيحل لكل واحد ما كان حراماً عليه، ويحرم على كل واحد منهما ما كان حلالاً له، لرواى ملك وحصول آخر» (الخواهر ٢٢ / ٢١٧)

ورتصاه شبحا الأستاذ، وهو انكلام الواحد أي ايحب البيع، والاختلاف بالاصافة الى السايغ والمشتري فيما انتقل اليهما وعهما.

مناقشة هذه الوجوه:

يتوجه على المعنى الأول ما ذكره الشيخ الأنصاري قدس سره، وهو أمران:

أحدهما: أن لا يكون جواباً عن السؤال، فإن حصر المحلل والمحرم في اللفظ أي ربط له بما يسأله من شراء ما لا يملكه البايغ؟

مضافاً إلى أن الجميتين بمثابة التعليل، وعلة عدم حوار بيع ما ليس عنده وعدم حوار شرائه ليس هو انحصار المحلل والمحرم في اللفظ.

ثانيهما: تخصيص الأكثر، فإن الحلّة بالحجارة، والتدكية، وبالتعاطي عند الجميع، وبالهدية، وبالصفقة، لسفر محلل لأفطار الصيام، والحصر محرّم له، ودهاب الثخين يحلل العصير، والعليان يحرمه الى غير ذلك

وينتجحه على المعنى الثاني ما أشكل به الشيخ الأنصاري
قدس سره أنه ليس هناك مقصود واحد حتى إذا أشيء بمضمون
يحلل، وبمضمون آخر يحرم.

بل هو البيع قبل اسلمت والبيع بعده نعم في المراجعة يتأتى
ذلك، ويدخله سر هناك مضمونان يُشأن، بل الأشاء للبيع
وعدمه

نعم، يمكن التعبير مع عدم إرادة وحدة المقصود، أي إن كان
قول لرحل اشتر لي هذا سحو يمع عن احتاره في الأحد والترك
فهو محرم، وإن كان سحو لا يمع عنه فهو محلل

إلا أن يقدر إن ذلك مباحة في إسناد الحبة، فيها بقاء
المال على ملك صاحبه لا بالكلام.

والشيخ الأنصاري يحتار ثالث نفسه الأول، أي من حيث
الوجود ولعدم، أي لكلام الموحب للالزام بالبيع يحرم وعدمه
، حيث إنه مقالة - محلل. وهذا المعنى، وإن احتاره الميصر حيث
قال (الكلام هو إيجاب السع إما محلل بقاء، ويحرم إثباتاً في
بيع ما ليس عنده) لكن بشكل عليه بأنه إذا أسند محمول ثوتي
على الموضوع، فمعناه وجود الموضوع، إذ القضية الحقيقية ما
أسند فيها الموضوع بلحاظ إصافه الوجود
نعم هو صرف الوجود^(١).

(١) والذي يراه - معناه هو - سران وصدر الرواية أن الكلام هو القول
يشمل على السبب الحكمية سحو استباح، وحريمه والحنة وصعيتان، أي القول
هكذا يعد إن كان من الشراء، ويصح أن كان بعده، وحيث أنه محبر في الأحد
والترك، يكشف عن عدم إقدامه على أمر فاسد، فلا بأس

فالمسند انه هو الكلام بالحمل شائع، ولا معنى لإرادته
لعدم

ولو احتار الشيخ القس لثاني من الثالث كان أولى من هذا
هذا مضافاً إلى المسامحة في الاسد الى عدم، فإن عدم
ثبوت المحرّم ليس هو السبب للحلية، بل الحلية مستندة الى سبب
نفسها، وكذا عدم ثبوت المحلّ ليس سبباً للحرمه بل للحرمه
مستندة إلى سبب نفسها.

ومن هنا ظهر أن القسم الثاني من الثالث أيضاً غير تام، أي
منّي على المسامحة في أغلب الموارد، فلا كلف له، فإنه فيما يقع
في محله يحلّ، وإذا لم يقع ليس هو السبب للحرمه، بل لعدم
واحدة السبب لشرطه وعدم استحماعه للشرائط.

نعم، ربما يكون مؤثراً في الحرمة كالعقد على المعتدة، أو
ذات البعل، أو في حال الاحرام.

ثم إن الطاهر بمقتضى صدر الرواية وموردها أن المراد من
الكلام هو إنشاء التمثيل ولبيع سحر التّ ولحرم، والتعبير
بالكلام بلحاظ القول المشتمل على السّنة الحكمية والإبرم
والإثبات، أي الحرم بالتحقق أو التحقيق، وأنه حيث يتحير في
الأحد والترك، يكشف عن عدم تحقق الكلام المبرم المحقق
لمصمومه، فكأن الجواب أنه إذا لم يكن إنشاء أمر وإثباته
وتحقيقه، فلا بأس حيث إنه لا كلام في اليقين، والكلام هو الذي
فيه اقتضاء الحلية والحرمة، ويوجب حجية تصرف أحدهما في

المتقل اليه وحرمة تصرفه فيما انتقل عنه^(١). أو أن الكلام هو الذي تترتب عليه الصحة والفساد من حيث وقوعه في محله شرعاً، أو عدم وقوعه كذلك، أو من حيث مضمونه كما في المراجعة، أو أن الاشياء الحدي تارة يؤثر في الحلية كالسكاح، وأخرى في الحرمة كالطلاق والطهار، ولا كلام في البين حتى يترتب عليه الفساد من حيث كونه بيع ما ليس عنده

وعلى كل تقدير بعد أن لم يكن المعنى الأول مقصوداً من الروية، فلا يمكن الاستشهاد بها على عدم صحة المعاطاة أو عدم لرومها.

قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر. ١.

أقول: استدراكه مبني على ما استظهره من إرادة المعنى الثالث، أي الوجود والعدم، وإلا فعلى ما ذكرنا يكون الكلام كناية عن الاشياء الموحبة للتحقق، سواء كان باللفظ أو بغيره، لكن يتوجه عليه أولاً: ما ذكره من عدم مناسبة المورد

وثانياً إن الحصر ليس على إطلاقه حتى يفيد ما ذكره، بل عدم الكلام في قتال وجوده في مثل المورد أو الكلام في قتال المقولة أي المعنى الرابع، فالحصر إصافي.

(١) ربما يشكل ذلك بناء على ما ذكره الأولى في التعبير أن يقال إنما الكلام يحرم ويحلل، لا إنه محلل الكلام ويحرم الكلام، فإن صدره تعدد الكلام، فلا أن يقال: أن المعرفة إذا أعيدت كانت هي الأولى

قوله : « فتأمل » .

أقوله : لعله نظر إلى ما ذكره من عدم إمكان المعاظة، فإن مال العير يمكن أن يعطيه غيره بالطهر به، أو أنه لا تنحصر المعاظة في إعطاء المثل، بل يتحقق بإعطاء المثل، كما يأتي في التبيه الثاني للمعاظة، حيث يقول : « كان دفع المثل اشتراء وأخذ به بيع المثل به » .

قوله : « وكيف كان فلا تحلو الرواية عن إشعار أو ظهور »

أقول : كيف ذلك مع تعدد الاحتمالات؟ بل كونه أجسية، والإشعار ليس بدليل، بل يمكن نفي الإشعار.

﴿ تنبيهات المعاطاة ﴾

قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «ويسعي التنبيه على أمور».

هل تعتبر شروط البيع في المعاطاة؟

التنبيه الأول في البحث عن أن الشروط المعتبرة شرعاً في البيع^(١) هل هي معتبرة في المعاطاة أم لا ؟

ومدّخص الكلام: أن المعاطاة إن كانت هي التي يقصد المتعاطيان فيها الإباحة - كما تقدّم عن صاحب الجواهر (قده) - فلا شبهة في عدم اعتبار شيء من شروط البيع فيها، لخروجها عنه موضوعاً، وحيثُ قد شكّ في إعادتها للإباحة شرعاً يكفي في إثبات ذلك دليل السلطنة.

وإن كانت هي التي يُقصد فيها التمثيل والبيع فهناك محتملات أربعة:-

أحدها. اعتبار جميع الشروط، سواء قل بأنها تفيد الملك أو الإباحة، وسواء كان دليل الشرط هو النص أو الإجماع

(١) مثل معدوميه الموصفين، ولقص في الصرف، والمتمم، ومعدوميه لكيل والتورب، أي غير ذلك، ومثل الشروط أحكام البيع من خيار وحيون والمحسن، وغير ذلك مما يشك في جريانه في المعاطاة.

ثانيها: عدم اعتبارها مطلقاً.

ثالثها: اعتبارها على تقدير القول بالملكية شرعاً، وعدمه على تقدير القول بالإباحة.

رابعها: ما أشار إليه الشيخ الأنصاري في دبل كلامه بقوله: «ويمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النص، فيحمل على العرفي وإن لم يفد عند الشارع إلا الإباحة وبين ما ثبت بالإجماع على اعتباره في البيع». وحاصله الأخذ باطلاق النص وبالمتيقن من الدليل اللبي.

مناقشة الاحتمالات :

أما لاحتمال لأول فقد حكم الشيخ الأنصاري بأنه لا يحلوه عن قوة وحاصل ما استدل به على ذلك، هو أن ترتب الأثر شرعاً على المعاطاة - سواء كان هو الملكيه أو الإباحة - يحتاج إلى دليل، ولا دليل عليه في المافدة للشروط المعتررة في البيع، والأصل عدمه.

أقول من الأدلة القوية على صحة المعاطاة وإفادتها للملك شرعاً، السيرة العقلانية، المنتهية إلى زمان المعصوم عليه السلام، مع عدم الردع عنها، والظاهر أن هذه السيرة لا تختص بالمعاطاة الواحدة لجميع شروط البيع، بل هي قائمة على المافدة لبعضها، لا سيما المافدة بما اعتراه الإجماع. فمقتضى القاعدة عدم اعتبار ما كان دليله الإجماع

بل لو ثبت قيام السيرة في المعاطاة على خلاف ما دل عليه عموم النص، كانت محصورة له، وكانت النتيجة احتصاص اعتباره في البيوع لقولية، لا سيما بالنظر إلى كون المعاطاة بيعاً حائراً

وأما الاحتمال الثاني، فتقريب المصير إليه أن أدلة اعتبار الشروط لا تشمل المعاطاة، فإنها - على القول بالإباحة - ليست بيعاً، لعدم كونها نافذة للملك شرعاً، وقصد المتعاطيين ذلك لا أثر له، فلا موضوع لأدلة الشروط.

وأما عني القول بالملك، فهي وإن كانت بيعاً شرعاً وعرفاً، إلا أن تلك الأدلة منصرفة إلى ما كان بيعاً لازماً، فلا تعم المعاطاة، ولو تركنا عن الإنصراف فلا أقل من الاحمال، وعدم كونها بحيث تشمل مثل المعاطاة.

وبه: أن موضوع تلك الأدلة هو البيع من دون تقييد بأن يكون منه القول أو الفعل، فلا وجه للإنصراف وعدم شمول الإطلاق.

ولا يتوهم الإنصراف من حيث غلبة الاستعمال، أو من حيث عبء التحقق في الخارج.

لا بد من ذلك كما هو واضح، ويتضح ما ذكرناه بالنظر إلى ما تقدم من الشيخ الأنصاري نفسه، من أن اللزوم ولحوارهما من أحكام السب، وعليه كيف يمكن دعوى الإنصراف في المسبب

وأما الاحتمال الثالث - فحاصل ما استشهد به أن المعاطاة على القول بأنها لا تعيد الملك شرعاً، ليست بيعاً في نظر

الشارع، فأدله اعتبار الشروط لا تشملها، وكونها في نظر العرف بيعاً لا أثر له، فإن من يعتبر أمراً في شيء إما ينوط بما يراه هو، لا بما يراه غيره، فدليل الشرط يحتص بما يراه الشارع بيعاً

وأما على القول بصدقها المثل فهي بيع شرعاً وعرفاً، فإطلاق الأدلة قصص باعتبار شروط البيع فيها ولا وجه لدعوى الانصراف ونحوه.

قلت دليل الشروط ما كان منه لباً، ليس له إطلاق وما كان لفظياً لا بد من تقييده بالسيرة إذ كانت قائمة على المعاطاة المأقودة لبعض الشروط

وأما الاحتمال الرابع - فحاصل ما يستشهد به هو أن ما ثبت من الشروط بالدليل اللفظي فهو على إطلاقه يعم المعاطاة، وما ثبت منها بالإجماع فلا يعمها، لأنه دليل لبي والمتيقن منه هو اعتباره في البيع الملام دون مثل المعاطاة

قلت المعاطاة التي يقصد المتعاطيان فيها الإباحة - كما قال به صاحب الحواهر - خارجة عن موضوع البحث، وأما المعاطاة لمنصوص بها المثل على قول المشهور (وهي صدقة الإباحة) فأدله اعتبار الشرط من النص والإجماع لا تشمله

والقول بأن الموضوع هو البيع العرفي لا محال له، فإنه بعد أن لم تكن - بما هو بيع عرفي - ممصاة، لا وجه للمصير إلى اعتبار الشروط، وموضوعها البيع، ولا يعقل شموله لما لا يراه المعترف لها بيعاً.

قال في (الجواهر): «ومن الغريب أن بعض مشايختنا احتار ذلك (أي كونها معاوضة مستقاة) هي المعاوضة مطلقاً بعد أن احتار افادتها الملك، قال: وهل هي داخلة في اسم المعاملة التي جاءت في مقامها، فتحري فيها شرائطها وأحكامها؟ الطاهر من جماعة اختيار ذلك.. والأقوى أنها قسم آخر بمرئاة الصلح والعقود الحائرة، ويلزم فيها ما يلزم فيها، فتصح المعاوضة على المشاهد من مكيل أو مورون، من غير اعتبار مكيل وميزان، ويتحو ذلك جرت عادة المسلمين»^(١).

وناقش صاحب الجواهر ذلك، ثم قال: «نعم قد تُسلم (أي السيرة) في بعض أفراد الجهالة، فيحتص الحكم به دون غيره، مع فرص كونها سيرة معتداً بها، لا أنها سيرة عوام يتسامحون في الشرع وأحكامه»^(٢).

تحريم الربا في المعاوضة:

قال لشيخ الأنصاري قدس سره: «وما ذكرناه يظهر وجه تحريم الربا فيه أيضاً، وإن حصصت الحكم بالبيع».

أ - أم على القول بأنها بيع عرفاً وشرعاً فلا إشكال فيه، سواء قلنا بما يقول المتأخرون، أو بما قال الشهيدان من أنها حرة مست، وحتاره الأخوند

(١) الجواهر ج ٢٢ ص ٢٢٨

(٢) الجواهر ج ٢٢ ص ٢٢٩

ب - وأما على القول بأنها معاوضة مستقلة، فيتسع قول المشهور من حرياب الربا في كل معاوضة كما عن الشيخ، والمحقق في (كتاب الغصب)؟

أو يحتص بالبيع، كما عن ابن إدريس والعلامة في (الارشاد)؟
ويدل على المشهور آية (أَحْلُ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) والربا هي الريادة على رأس المال كما قاله الرابع وغيره

وفي الروايات، في (التهذيب) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: «إن على بن أبي طالب (ع) كان يكره أن يستدل وسقاً من نمر المدينة بوسقين من نمر حير، لأن نمر المدينة أحودهما، ولم يكر يكره الحلال»

وسئل الصادق عليه السلام: «أيحوز فقير من حطة، بفقيرين من شعير؟ فقال لا يحوز إلا مثلاً بمثل»

وفي صحيح الحلبي: «القصة بالمصة مثلاً بمثل، ليس فيها ريادة ولا نقصان، الرائد والمستزيد في النار»

ح - وأما على القول بأنها تعيد الإباحة فقد ذهب الشيخ الأنصاري إلى أن الظاهر التحريم، لأنها معاوضة عرفية، وإن لم تفد الملك.

أقول التحريم في الربا وصعي وتكليفي، أما الوصعي فلا ينأى على القول بعدم افادة المعاوضة الملك، فإنها على هذا القول بيع فاسد، فسقى التحريم التكليفي، وهو لا يعقل أن يكون في

التسبب الى الملكية الشرعية، فإنها غير حاصلة، فيكون الحاصل
لتنحريم التكليفي للمالك بحسب قصده، وإن لم يترتب عليه
مقصوده

وأما على القول بأن مقصود المتعاطيين إنشاء الإباحة فقد قال
الشيخ الأنصاري في ذلك: «فلا يعد أيضاً حريان الربا، لكونها
معاوضة عرفاً، فتأمل».

أشار بالتأمل الى أن الربا إما في البيع، أو في المعاوضة
الملكية. أما المعاوضة الإباحية فحارحة

هل يجري الخيار في المعاوضة؟

قال الشيخ الأنصاري: «وأمّا حكم حريان الخيار فيها قل
اللزوم، فيمكن نفيه على المشهور لأنها جائزة عندهم فلا معنى
للخيار»

أقول . يسمي تفصيل الكلام في المقام، فيقول أ -
المعاوضة إن قصد بها المتعاطيان إنشاء الإباحة - كما ذكره صاحب
الخواهر - فلا موهم لحريان الخيار فيها أصلاً، لا الخيارات
المحتصة بالبيع، ولا الحارحة في مطلق المعاوضة، فبها إما
تحري في المعاوضة الملكية، دون الإباحة التي ليست فيها شائبة
لتمليك، حتى في قصد المتعاطيين.

ب - وإن قصد بها البيع والتمليك، فهناك أقوال.

أحدها إنها بيع فاسد لا تؤثر في الملك أصلاً، وإما

تترتب عليها الإباحة شرعاً.

وأما الملكية فهي أثر للتصرف الناقل أو التملك، وعلى هذا القول أيضاً لا محال لحريان الخيار أصلاً، حتى ما يعم كل معاوضة تمليكية، كما هو واضح.

ولا يتوهم خريانه من حين حصول الملكية، فإن التصرف والتلف سبب مستقل، لا بيع ولا معاوضة.

لا يقال إن المعاوضة، وإن لم تعد الملك لكنها بيع عرفي، وموضوع الخيار شرعاً هو ما يراه العرف بيعاً ومعاوضة لا بدعيه، بما تقدم من أن كل حاكم يحكم بما يرتبه على ما يراه موضوعاً، لا ما يراه غيره كدلت، وليس ذلك من قبيل الإمضاء الذي كان موضوعه ما يتداوله لعرف.

ثانيها، إنها معاوضة تمليكية مستقلة، وعليه لا تحري الخيارات المحتصة بالبيع، وإنما يحري ما يعم كل معاوضة ثلثها، إنها تفيد الملك بشرط حصول التصرف الناقل أو لتلف، فهي بيع إثباتي ويكون بيعاً فعلياً بعد حصول للشرط، وأما قبله فيباح التصرف.

ولعل هذا المعنى هو مراد المصنف (قده) من قوله: «وإن قضا بإفادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً، سواء على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم»^(١)، ولعل المراد منه ما سيأتي، مما

(١) ويحتمل أن المقصود بصيرورتها بيعاً لازماً بعد حصول اللزوم، بسبب الملمات، فيكون فيه بيعاً جائزاً، لكن هذا يرجح لى ما سذكره. والله في هذا رابعها

سيدكره عن الشهيد الثاني من قوله: «اللهم إلا أن يُحمل المعاطاة حرة السب، والتلف تمامه»، وقد احتار ذلك العلامة الحراساني، وبطّره بالقصر في الصرف والسلم. والظاهر أن المراد من حرة السب هو جزء العلة التامة، بأن تكون المعاطاة مقتضية، والتلف - وكذا التصرف الباقل - شرطاً، وكيف كان يشكل جريان الخيار قبل اللزوم، حتى ما كان شتراطه، بل لا معنى له، لتمكن لزوم اللغوثة على ما سيأتي في رابع الأقوال

نعم لا بأس به بعد اللزوم، فيما لم يكن التصرف أو التلف مسقطاً له.

هل تتحقق المعاطاة بالإعطاء من جانب واحد؟

قال الشيخ الأنصاري: «الأمر الثاني: أن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين، فالملك أو الإباحة في كل منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد...»

ذكر المصنّف قدس سره صوراً أربعة:

الصورة الأولى. أن يكون الإعطاء من الطرفين. وحكم بأنه المتيقن من مورد المعاطاة، وفرّع عليه بأنه لو حصل من جانب واحد لم تتحقق المعاوضة ولا الإباحة رأساً، وعَلَّله بأن كلاً من العوضين ملك أو مباح في مقابل ملكية الآخر أو إباحته.

أقول هذه الملكية أو الإباحة تحصل بقبول الطرف الآخر، وذلك تتحقق بأحده للمعطى بعصده القول، كما يتضح فيما

سنذكره إن شاء الله تعالى .

وربما يتوهم ، أنه هيئة المعاطاء تفتضي صدور العطاء من الاثنين وفيه . إن هيئة المعاملة موضوعه لصدور المدأ من المفاعل بالاضافة الى شخص أو إلى جهة سحر الاهتمام شأنه ، سواء صدر المدأ من فعل آخر أولاً ، بخلاف هيئة التفاعل فإنها التي تفيد الصدور من الاثنين ، ولذا يقال : تصارب ريد وعمرو ، أو هما تصاربا ، بخلاف صيغة (صارب) فلا يقال : صارب ريد وعمراً ، أو هما صاربا ، وإنما يقال : صارب ريداً وعمراً . والدليل على ما ذكرناه كثرة الاستعمال مع عدم قابلية المدأ لصدوره من اثنين ، أو مع عدم صدوره منه ، وإن كان قابلاً كما في قوله تعالى : « كيف يوازي سوء أخيه » وقوله تعالى « يراءون الناس » وبحوذلك وتقول حاطب القوم ، وطالع الكتاب ، وعاون صديقه . إلى غير ذلك من الطائر في الكلمات الفصيحة

ثم إن صورة المعاوضة من الطرفين على ثلاثة أقسام .

الأول . أن لا يكون الثمن مشحواً في الخارج ، كحصول هذه الدراهم مثلاً ، ويكون بينهما الاعطاء والأخذ بقصد التملك والتملك على ما تناب عليه من الثمن ، ثم يحصره المشتري ويعطيه ، فلا يحاب والقول بذلك الاعطاء والأخذ ، وإنما يكون إعطاء الثمن أداء لما في الدمة ، فإن العوض بعد أن لم يكن مشخصاً ، فلا محالة هو الكلبي في الدمة

الثاني . أن يكون الثمن مشحواً ومعيناً في الخارج ، ويكون اعطاؤه تسليماً للعوض بعد أن تمت المعاملة بينهما إيجاباً وقولاً

بإعطاء المتاع وأخذه

الثالث أن يكون أحد المشتري لا بعنوان القبول والتملك، بل مجرد التأول ليكون مقدمه لفضله بإعطاء الثمن.

وهذا أيضاً يمكن أن يجعل من المعاوضة، وإن كان يشبه أن يكون الإعطاء من مثابة الأرباح، لكنه ليس كذلك، فإنه يعطيه بعنوان العوضية فلا يكون إيجاباً للملك مستقلاً.

لصورة الثانية: أن يكون الإعطاء من جانب واحد، وهذا أيضاً على ثلاثة أقسام، فإما أن يكون سيئة والثمن في دمة المشتري إلى الأجل المضروب، فالبيع - إيجاباً وقبولاً - بإعطاء المتاع وأخذه، وإما أن يكون سلفاً، وإيجاباً من المشتري بإعطائه للثمن، فيكون أحده قبولاً من النافع ويستقر المسلم فيه في دمه، وإما أن يكون سلفاً، وإيجاباً من النافع على المظ الذي ذكره المصنف من أن يكون إعطاء الثمن اشتراء وأخذه بيعاً للمثمن به، فيحصل الإيجاب والقول الفعليان بفعل واحد في زمان واحد.

أقول: صحة هذا القسم في غاية الاشكال، ضرورة أنه لم يصدر من النافع إنشاء التملك لا قولاً ولا فعلاً، فلا إيجاب منه

نعم، دلت قرينة الحال على عزمه الفاسي، لكن ليس العزم على التملك بيعاً ما لم يبرز إلى مقام الفعلية بإشائه، وإن انكشف بأي كاشف سوى القول والفعل

تسبه. لو كان الثمن عند النافع أمانة وبحوها فأعطى المثمن

يعوض ما عنده، تمّ الايجاب والقبول بالاعطاء والأخذ، وكان الثمن مقبوضاً.

أما لو كان المثلث عند المشتري، كما لو كان مستأجراً لدار مثلاً، وأراد شراءها وأعطى الثمن للمالك، فيحري فيه ما ذكره المصنف، وما أشكلنا عليه

نعم، ربما يمكن في مثل العارية، والوديعة وبحوهما أن يقال: إن إبقاءه لدى المشتري فعل من البائع، وتحقق به المعاوضة وإيجانها.

الصورة الثالثة: أن يكتفي بمحرد الوصول والايصال، كوضع الفلوس في المكان المعد له، والتصرف في المتاع مع عينة ماله، كما في الأمثلة التي ذكرها المصنف وغيرها، فإنه ربما يدعى أن المعيار في المعاملة وصول العوصين أو أحدهم مع الرضا من الطرفين

أقول: لو ادعى الرضا بالتصرف والإباحة المالكية فذلك وجه وحيد، وأما حصول الملكية وتحقق البيع فهي غاية الاشكال، ضرورة أن الانشاء - كما تقدم انما - يتوقف على واحد من القول والفعل، وليس من ناحية البائع شيء من ذلك، ومحرد الرضا بالتعليك واستشكافه بالفرائض ليس من مقولة البيع

نعم، ربما يمكن أن يقال: إن صاحب المتاع، حيث جمعه في معرض أن يتناوله من يضع الفلوس مكانه، فقد أدن له أن يبيعه من نفسه، ويقلبه، فأحده المتاع يوجب للبيع عن كل

المالك، ووضع الفلوس قبوله لنفسه.

أو يقال إن وضع المتاع في ذلك لمكان إنشاء بيعه من كل من يأخذ ويضع الفلوس، ويعتبر هذا الكني في شخص الآخذ، ويكون أخذه أو وضعه الفلوس قبولاً، ويضار إلى صحة ذلك بأنه لا يشترط في المعاطة ما يشترط في البيع القولي

أقول إن قامت السيرة على حصول الملكية في مثل ذلك فهو، وبلا فلا محيص من المصير إلى الإباحة المملوكة

وأما إثبات الإباحة الشرعية - مستقلاً وتعدداً - مع عدم قيام السيرة فلا وجه له أصلاً

لصورة الرابعة. أن لا يكون هناك إعطاء واحد، ولا وصول وإيصاف، فيتقاولان على مبادلة شيء من غير إيصال، والمصنف لم يستعد صحته مع صدق البيع عليه وحتمل شيخنا الأستاذ وجهاً خامساً، وهو أن يكون من كل منهما تحت يد الآخر، وينسبان إلى لتعليك والتملك، بإبقاء المال على ما هو عليه.

نظرة في هذه الصور:

أما الصورة الأولى: وهي التعاطي من الطرفين فيما أن لا يكون الثمن معباً في الخارج، أو يكون معبياً، فعلى الأول يكون لإعطاء تمليك بالعوض والآخر تمكناً له كذلك، وذلك هو القول، ويكون ما في الدمة عوضاً، وما يدفعه - ولو نقداً - وفاء لذلك

وعلى الثاني سواء كان الإعطاء من متعاقبين ، أو كان دفعة ، فإن كان المشتري قصد - بأحده - التملك فهو قبول ، وما يعطيه تسليم لما جعله عوضاً .

وإن كان المشتري لم يقصد - بأحده - التملك بالعوض ، بل كان أحده تAOالاً خارجياً يتقوم به الاعطاء ، وكان بمثابة المحاطب في كاف بعتك ، فحيث إن قصد باعطائه الثمن الدلالة على التملك بالعوض ، كان قولاً ، وإن قصد به التملك في قال تملك صاحبه ، فهك تملك لا تملك وتملك ، وإيجاب وقبول .

وأما الصورة الثانية : فالإعطاء من جانب واحد فقط إما أن يكون سيئة أو سلماً ، والأول لا صير فيه ، ضرورة أن المعطى يوجب ، والاحد يقبل ، والثمن في دمه مشروط بأحده .

وأما الثاني : فإن كان اعطاء الثمن إسلاً وإيجاباً من المشتري ، فلا بأس به ، فإنه يُسلمه على المتاع في دمة صاحبه ، وهو بأحد الثمن يكون قابلاً ، وإن كان بقول من المشتري فلا إيجاب من الباع - لا قولاً ، ولا فعلاً - .

وما حكم به المصنف (قده) من أن أحد الساع يكون بيعاً . فيه . أن كونه كذلك ، إما يكون بقرينة الحال ، لا باللفظ ولا بالفعل ، والحال أن إنشاء التملك لا بد من أن يكون بأحد الأمرين ، لا بالقرينة الكاشفة عن القصد المحض من دون فعله الإنشاء .

وأما الصورة الثالثة، وهي الاكتفاء بمحرد الوصوف والايصال، كما إذا كتب صاحب الأمتعة على كل منها سعره وجعلها في المعرض، فيحيى المشتري ويضع السعر ويأخذ لمتاع الذي يريده، وإنهما المعيار مع الرضا من الطرفين كما ربما يدعى ذلك.

أقول هذا الإدعاء على مسك الثقلين بالاباحة يمكن تمثيئه، فإن ما ذكر تصرف بالرضا بإباحة ملكية وشرعية، بل هذا أولى بالصحة، فإن الاباحة مع قصد المتعاطين التملك يشكل فيها دعوى الاباحة المالكية إلا تكلف ونعسف.

وأما على مسك الثقلين بالملك، وأب لمعاطة بيع، فالظاهر عدم كون ذلك بيعاً، إذ بيع هو إنشاء تملك غير معوض، وما يرادف ذلك، والإنشاء لا يتحقق بمحرد الوصوف والايصال، لا سيما إذا كان ذلك بواسطة الصعير أو الحيوان، بل لا بد فيه من قول أو فعل يتحقق به، لا محرد لدلالة ولكشف عن لقصد، وليس في البين ذلك.

إلا أن يقال إن صاحب المتاع قد أدن في أن يتصدى لمشتري كلا طرفي المعاملة والبيع، فهو تأخذه ببيعه من قبل لملك، وبوصعه الفلوس نفس بيع

أو يقدر: لا يشترط في المعاطة ما هو شرط في المعاملة القولية، فصاحب المتاع - بوصعه - يشيء البيع من كل من يريده، وإنقاؤه إلى حين يحيى المشتري عبارة عن بيعه إياه، وأخذه من لمشتري أو وصعه الفلوس هو قوله إياه وبالجملة: إن

كانت السيرة حارية على حصول الملكية فهي متعة، وإلا فإباحة
محصنة، أي الرضا بالتصرف

وأما الصورة الرابعة فهي على أقسام ثلاثة.

أحدها، أن يكون المتاع أمانة عند المشتري فيتداولان، ثم
يعطي ما تقولا على ثمينته، وهذا على قول المصنف بيع، فإن
إعطاء الثمن اشتراء وأحده بيع

قد المصنف ولو كان المُعطي هو الثمن كدفعه اشتراء،
وأحده بيعاً للثمن به، فيحصل الإيجاب والفول المعلنان بفعل
واحد في زمان واحد

لكن يشكل عليه بأن الدال على إنشاء التمليك حينئذ، هو
القرينة دون أن يكون إنشاء، فإن اكتفيا بمحرد ظهور القصد
النسائي كان بيعاً، وإن قلنا بلزوم الانشاء فليس بيعاً لعدم الإشاء
اللفظي والقولي. ومثله ما إذا كان الثمن عند البيع أمانة
فيتداولان، ويعطي البيع، فذلك إيجاب، وأحده قول، والثمن
واصل إلى البايع.

ثانيها: أن يكون العوضان عند الطرفين، فيتداولان، ثم لا
يكون مهما فعل. وهذا عبارة عن الوصول بلا حاجة إلى
الإيصال، وحيث لا يكتفى بمحرد ذلك بل لا بد من الانشاء،
فليس بيع

نعم، لزم قيل في تحقق البيع، بالقصد النفسي، والاكتفاء

مجرد ظهوره، ولو بالقرائن لتمّ ذلك. والحاصل أن المقابلة غير
المعاملة، فلا يحصل البيع بها، اللهم إلا أن يكون الإنشاء إنشاءً
لتمليك وإنشاءً للقول.

ثالثها أن يكون هناك مجرد المقابلة، من دون أن يكون
العوضان عند الطرفين، فإن كان قصدهما من المقابلة إنشاء
لتمليك والتمليك، ولف تكفيه البيع بأي لفظ كان في البيع
القبولي، فتلك معاملة بيع، وإن لم يكن ذلك من قصدهما بل
كان مجرد المقابلة التي هي غير المعاملة أو لم نقل بالكفاية
المذكورة فلا أثر له.

نعم لا يعد فيما لا يكون هناك بيع أن تكون هناك إباحة
مالكية، والرض بالتصرف، أما الإباحة الشرعية فبطاهر عدم الدليل
عليها من السيرة وغيرها.

كيف يتمم البائع من المشتري في المعاطة؟

قال الشيخ الأنصاري «الثالث: تميّز البائع من المشتري في
المعاطة الفعلية...».

لمقصود هو تميّزهما في مقام الإثبات، حتى يحكم على كل منهما
بما يخصه، لكن بعض عبارات المصنف (قده) توهم إرادة التمييز
بحسب نفس الأمر.

أما التمييز المنسب للأمري فواضح، فإن البائع هو من يشيء تمليك
العين بعوض، والمشتري من يطاوعه ويقبل ذلك، وداعيها أيضاً

يتميز في الأغلب ، حيث إن البيع يصدد تحصيل المال ، والمشتري يصدد تحصيل ما ينتفع به في حوائجه ، وربما يكون غير ذلك ، كما إنه ربما يتوافقان في الداعي ، كما إذا كان يحتاج كل منهما إلى الانتفاع بما في يد الآخر من الغروض ، أو كان كل منهما يهوى ما في يد الآخر من النقود .

وأما التميز في مقام الإثبات فحيث إن المعاطاة فعل خارجي ولا تدل على التميز ، فلا بد من القرينة على ذلك ، وحيث قد سبق منهما التقليل أو نحو ذلك ، ثم تعاطيا ، فمقتضى الظاهر أنه منى على ذلك .

وإن كان التعاطي منهما ابتداءً محصاً فيشكل الأمر ، لكن ظاهر الحال في معاطاة المتاع والنقد أن المقصود هو المايعة ، وإن معطي المتاع بايع ، والآخر مشتري^(١) وذلك وإن كان من قبيل الطر في الموضوع ، لكنه من الطنون الخاصة ، من السيرة كما أنها قائمة على الأخذ بطواهر الألفاظ ، كذلك في طواهر الأحوال .

ولو كانت المعاطاة بينهما في متاعين مع تقويم خصوص أحدهما بالنقد ، فلا يعد أن يكون ذلك كسابقه

وإن تعاطيا بنفس النقود ، أو متاعين بدون التقويم ، أو مع تقويم كليهما :

أ - فيما أن يعلم أن أحدهما قاصد لتمليك ماله بغير مطاوع

(١) قال الرغب في (مفرداته) : « مشتري دافع لثمن واحد المثل ، والباع دفع المثل واحد لثمن هذا إذا كان المايعة والمشاراة ماض وسلعة » وكلامه يضر إلى ما هو الظاهر من المتعارف .

له ، فلا إشكال سواء علم ذلك تفصيلاً أو إجمالاً ، غاية الأمر أنه مع الاجمال يلزم الاحتياط

ب - وإما أن يعلم أن كليهما لم يقصدا ذلك ، فلا مبايعة بينهما ، والمعاوضة بينهما معاوضة مستقلة يبنى صحتها على شمول عموم آية (أوفوا بالعقود) وآية (تحارة عن تراض) ونحو ذلك

ج - وإما أن لا يعلم شيء من ذلك ، فيتردد الأمر بين كونها مبايعة أو معاوضة مستقلة ، ولا وجه حينئذ لحمل المدار في تميز البائع على الاعطاء أولاً ، فانه مع عدم اطراد ، لما كان التعاطي منهما دفعة يتوجه عليه أن ذلك طر لا يغني عن الحق^(١) ولا دافع لاحتمال أنه قصد المعاوضة المستقلة ، مضافاً إلى أن الطن في الاعطاء أولاً لا يلزم أن يكون الاعطاء ثاباً بقصد الشراء ، لاحتمال أنه لم يقصد القول به ولا بأحده للمعطى له^(٢) ، بل قصد التمليك في قبض التمليك صاحبه

قوله « فهي كونه بيعاً وشراءً بالسببة إلى كل منهما . »

أقول : هذان العنوانان لا يعقل اجتماعهما^(٣) فان البيع إيجاب ملكية المشتري للمال وإخراج مال المشتري عن ملكه إنشاءً ، والشراء هو قبول ذلك ، فهما متضادان ، مضافاً إلى أن البائع إذا ملك الثمن من

(١) وليس من طاهر الخبر ، ضرورة أنه لا ظهور في ذلك في كون المعطى عاصداً لبيع

(٢) إشارة إلى دفع ما رغب به من أن أحده قوله ، فتعين أن يكون إعطاءه لأداء ما سرق

به وجه الاستدفاع أن الأحاد إنما يكون قولاً فثبت أن الاعطاء الأول كان إيجاباً للبيع ، ولم يثبت وإنما ظني به .

(٣) وحيث لم يتضح ذلك لبراعه ، فال في معردياته : إذ كانت المبايعة بيع سلعة بسلعة

صح أن يتصور كل واحد منهما مشترياً وبيعاً فظهر في ذلك مائة (شري)

المشتري لا يعقل أن يشتري مهم ما ملكه .

قوله : « أو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطي أولاً » .

أقول : يمكن المصير إليه إذا أحرز أنهما في مقام البيع والشراء ، بحيث يكون من أحدهما التملك بالعوض ومن الآخر القول ، ففي مرحلة التمييز يحكم بأن المعطي أولاً هو الموجب والآخر هو القابل ، وأما إذا لم يحرر ذلك فلا وجه للمصير إلى ذلك على ما تقدم بيانه .

قوله : « أو كونها معاطة مصالح ، لأنها بمعنى التسالم . . . »

أقول . فيه أن التصالح لا بد فيه من إنشاء معهوده ، ومن الإيجاب والقول ، لا مجرد أن يصدر مهما عمل لازمه التسالم . وأما حمل الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه : لك ما عندك ولي ما عدي ، على الصلح ، فمجرد احتمال مبني على إمكان أن يكون إنشاء الصلح وإيجانه من أحد الشريكين بهذه الحملة .

قوله : « أو كونها معاوضة مستقلة . . »

أقول : إنما يكون كذلك إذا أحرر أنه لم يقصد واحد منهما التملك بعوض ، وإلا تردد الأمر ، على ما تقدم بينه .

أقسام المعاطة بحسب قصد المتعاطين :

قال الشيخ الأنصاري قدس سره : « الرابع : إن أصل المعاطة ، وهو إعطاء كل منهما الآخر ما له يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه : »

أقول : حاصله أن المتعاطي إما أن يقصد تملك ماله بعوض عنه ،

أو عن التملك ، وإما أن يقصد إباحة المال بعوض عنه ، أو عنها ، فتلك أربع صور هذا على ما أفاده المصنف (قدّه) لكن المتصور أكثر من ذلك ، فإن المتعاطى إما أن يقصد تملك المال ، أو إباحته ، وعلى كل منهما : إما أن يكون العوض عوضاً عن المال ، أو عوضاً عن نفس التملك أو الإباحة . ثم إن عوض المال إما أن يكون مائلاً أو عملاً ، والعمل إما أن يكون تملك صاحبه أو إباحته ^(١)

ولعل إقتصار المصنف (قدّه) على الصور الأربعة ملحوظ التعرض للإشكال في صورتى قصد التملك ، من حيث عدم صدق مفهوم المعاوضة في نظره ، وعدم صدق البيع والهبة ، وفي صورتى قصد الإباحة من حيث ما سيذكره .

قوله : « فيكون إطلاق المعاوضة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء ، دون القول ، لا من حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين » .

أقول : أي يكون ذلك اصطلاحاً وإن لم يكن كذلك لغة ، لعدم صدور المبدأ من الطرفين بعد أن تمت المعاملة بالعطاء والأحد .

وما ذكره سي على ما هو المشهور من أن هيئة المفاعلة لاقتسام الفاعلية والمفعولية في اللفظ ، والاشتراك بينهما في المعنى ، أي هما بحسب المعنى يشتركان في ذلك ، وكل منهما فاعل ومفعول ، أما بحسب اللفظ فأحدهما فاعل والآخر مفعول ، فيقال : صارب زيد عمرواً ، ولا يقال : ضارباً ، كما يقال : تصارباً ، ولا صارب ريد مع

(١) كما إذا باع المتاع بدينار أو بدينارين ، أو سيج له التصرف فيه

عمرو ، كما يقال : تصارب زيد مع عمرو

والتحقيق أن الأمر ليس كما اشتهر ، ضرورة صحة الاستعمال في ما لم يصدر المبدأ من الطرف الآخر ، وما لا يعقل أن يصدر منه ، كما في طالع الكتاب ، ووارى الميت ، وحاطب القوم ، وعالج المريض ، وداوى الحرح ، وسافر إلى البلد ، وساعد أحاه ، وواعد صديقه إلى غير ذلك مما ورد في القرآن والحديث وكلمات الفصحاء .

والذي يسعى أن يقال . إن هيئة المفاعلة تدل على أن المبدأ متحقق بين اثنين ، لا أنه يصدر من اثنين .

نوصيح ذلك . أن هيئة (فعل) تدل بالمطابقة على قيام المبدأ بماعله قيام صدور أو حلول أو غير ذلك ، وليس لها دلالة على أريد من ذلك . نعم إذا كان الفعل متعدباً كانت له دلالة التزامية بالاضافة إلى ما يناسبه من المفعول .

وأما هيئة (فاعل) فهي تدل بالمطابقة على قيام المبدأ بماعله متوجهاً إلى غيره ، من المفعول أو المحل أو الجهة أو غير ذلك ، سواء كان ذلك مع الحاجة إلى أداة ، كما في : سافر إلى البلد ، أم لا كما في طالع الكتاب ، وعالج المريض ، وسواء صدر المبدأ من الطرف الآخر أم لا .

والحاصل : أن هيئة المفاعلة إنما تدل على نسبة خاصة للمبدأ بالاضافة إلى فاعله أي نحو كونه قائماً به ، ومتوجهاً إلى غيره ، سواء صدر مثله من العبر أو لا ، فتصدق المعاظة حقيقة على الإعطاء من

أحدهما والأخذ من الآخر .

ثم إنه ربما يقال : إن الأحـد لا يمكن أن يتحقق به القول ، فلا تتم
المعاملة إلا باعطاء العوض ، بيان ذلك - أن حقيقة البيع عبارة عن
تسـدِيل طرفي إضافة الملك بين البائع والمشتري مع بقاء نفس الإضافة
إعتباراً ، والبائع هو الذي يتصدى ذلك ، والمشتري يرضى به ويقبله ،
وهذا المعنى في الإيجاب لقطاً مدلول عليه ، ومستفاد منه ، بخلاف
المعاطاة فإنها فعل خارجي لا يدل على أزيد من التملك المستفاد من
تسلط يد الغير على المعوض ، وحيث لم يكن إعطاء الشيء دالاً على
التبديل المذكور فأحده لا يكون من باب قول إيجاب البيع ^(١) ، بل هو
بما قول للمهنة أو هو الاقتراض .

وبعدرة أخرى : لما لم يكن دليل لعظي على التبادل بين طرفي
إضافة الملكية ، فلا بد من أن يكون دالاً عليه ، وعليه فالعوض ما لم
يدفعه المشتري باقٍ على أصـفـته إليه ، وحيث فالعوض وإن كان قد
خرج عن ملكية البائع باعطائه ، لكن لا يمكن دحوله في ملك
المشتري ، لأن إضافة الملكية في حابه دقية ، ولو فرض تمكنه له لا بد
من أن يكون ذلك سحوا من الهمة والفرص ، وذلك حلف لعدم كونهما
في قصد المتعاطين

فتحصّل أن قول المعاطاة لا يتحقق إلا باعطاء العوض حتى يتبادل
طرفا إضافتي الملكية بينهما ، وعليه فلو مات المشتري قبل أن يدفع

(١) فلا شأن لأحد إلا كونه من نوزم لإعطاء تكوي ، ومقدمه للمول فيما لا يتقدم على
إعطاء البائع .

العوض^(١) كان ذلك قبل تمام المعاطاة ، وكان المعوض باقياً في ملك
البائع وإن كان قد أحده المشتري .

قلت : لو كان المدار على الدلالة اللفظية ، واقتصر عليها كيف
يكون دفع المال من المشتري قبلاً ، فانه فعل نظير إعطاء البائع ماله ،
ولا يدلّ التسليط الحارحي على أريد من التملك ، فيكون هناك إيجابان
لتمليكين .

قال الشيخ الأنصاري قدس سره : « ثانيهما : أن يقصد كل منهما
تمليك الآخر ماله بإراء تملك ماله إياه ، فيكون تملك بازاء تملك ،
فالمقابلة بين التملكين لا الملكين »

أقول : إعطاء كلّ منهما متاعه بقصد تملكه بإراء تملك الآخر
يتصور على وجوه :

١ - إعطاء المال بقصد التملك ، بجعل تملك الغير عوضاً عن
المال ، كجعل سائر الأفعال عوضاً عن المال ، وحيث في فهل العوض هو
التملك المصدري ، أو بمعناه الاسم المصدري ؟ وهل يحري في
الثاني محذور السلطنة على السلطنة أم لا ؟

٢ - جعل مال الغير عوضاً عن نفس هذا التملك المقصود
بالإعطاء

٣ - جعل تملك الغير عوضاً عن نفس هذا التملك

والأولان ليسا محللاً لكلام المصنف (قدّه) ، وربما تعرضا لهما

(١) ومثله لو عصى فلم يدفع العوض ، أو أفلس ، ونحو ذلك

فيما يأتي إنشاء الله تعالى .

وأما الثالث فيقع الكلام أولاً في صحته ، وثانياً في أن المعاملة - على فرض صحتها - تتقوم بالعطاء التمليكى من الطرفين على ما ذكره المصنف ، فلا تتم المعاملة بمجرد تملك أحدهما وأخذ الآخر ويتوجه حينئذ الكلام في أن الأحذ لما لم يكن قولاً ، بل هو محرد تناوله تكوياً وغير مرتبط بالإيجاب ، فإن القبول هو أحد العوض أي المال فيما جعل الإيجاب تملكه ، والعوض ها هو نفس الإيجاب ، ولا يعقل قبوله بأحد المال ، بل لا بد من تحقق عوضه ، وهو تملك الآخر لماله ، ثم يتوجه الكلام في أن تملك الآخر لا يعقل كونه قبولاً ، لأنه إيجاب نفسه واحتتماع الإيجاب والقبول غير معقول ، وهذا الاشكال يجري ولو كان التملك بازاء مال يكون في قبل التملك

وثالثاً . في أن هذه المعاملة - على فرض صحتها - بيع ، أو هبة ، أو مصالححة ، أو معاملة مستقلة ؟

أما الكلام على الأول ، فتارة من حيث جعل التملك بمعناه المصدرى معوضاً ، وأخرى جعله بمعناه الاسم المصدرى كذلك . أما الأول فقال شيخنا الأستاذ (قدس) : أن التملك بالاعطاء حال تعلقه بمتعلقه ملحوظ آلي ، وفي جعل نفسه معوضاً يحتاج إلى لحاظ استقلالي ، ولا يعقل احتتماع اللحاظين المتباينين في ملحوظ واحد ، فلا بد من أن تكون هذه المعاملة في ضمن معاملة أخرى .

توضيح ذلك : أن المعاملة هي جعل شيء معوضاً بشيء إنشاءً ، والمقصود الملحوظ بالاستقلال ، والمحل الإثنائي الصادر منه ملحوظ

له ألياً ، لأنه السبب لذلك ، والسبب لحاطه آلي ، فلو كان نفس هذا
الجعل معوضاً لرم اجتماع اللحاطين ، فهو بمثابة استعمال اللفظ في
نفسه .

مضافاً إلى أن الإشاء المعاملي سبب لتحقيق المعوض وثوته ، فلو
كان هو المعوض لزم أن يكون الشيء سبباً لتحقيق نفسه
وأما الثاني : فالملكية نحو من السلطنة ، والمالك لا سلطنة له على
سلطنة نفسه حتى ينقلها إلى غيره .

وأما الكلام على عدم كون الأخذ قولاً ، وتوقف تمامية المعاملة
على تملك الآخر ، فلأن الأخذ هو أحد المال المقصود تملكه ، وهو
ليس بعوض ، فلا يكون أحده قولاً في المعاملة التي معوضها
التمليك ، بل لا بد من تحقق عوضه وهو تملك الآخر .

وبهذا يصحح كلام المصنف (قدّه) حيث قال : « فالمقابلة بين
التمليكين لا الملكين ، والمعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين ، فلو مات
الثاني قبل الدفع - أي قبل تملكه ماله - لم ينحقق المعاطة »

لكن يشكل عليه بأن تملك الآخر لا شهة في كونه إيجاباً فكيف
يكون قبولاً ؟

وتوهم : أنه إيجاب من جهة ، وقبول من جهة ، مدفوع بأن ذلك
إنما يتم لو أريد بالقول مجرد تحقق العوض في المحارح

وأما الكلام على أنه بيع أو هبة معوضة ؟ أو مصالححة ؟ أو معاوضة
مستقلة ؟ فليس ببيع ، إذ البيع تملك المال بعوض أي مبدلة مال
بمال ، لا المعاوضة بين الصاعين ، لا سيما بعد شرائط أن يكون المبيع

عيناً لا عملاً^(١) كما انه ليس هبة ، لأنه بمحرد التملك فيه يملك
المتَّهب ، ولا يتوقف على بذل العوض فانه مشروط عليه ، والتحلف لا
يصر بالصحة ، وانما يحدث له الخيار أحياناً ، هذا على كلام الأستاذ
النائبى قدس سره

لكن يمكن أن يقال : إن المال قد تملكه مجاناً ، ولم يجعل في
مقابل المال شيء ، وانما جعل العوض في قال التملك ، فيكون هبة
بهية ، ويدخل في الهبة المعوضة .

لكن يدفعه أن الموضوع مرتفع على ما ذكره المصنف (قدّه) حيث
قال : « إجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل ، إذ لو لم يملكه الثاني
هنا لم يتحقق التملك من الأول ، لأنه إنما ملكه براء تملكه ، فما لم
يتحقق تملك الثاني لم يتحقق تملكه له »

كما أنه ليس مصالحه فابها نحتاج الى إنشاء معها ، فلا بد من
كونه معاوضة مستقلة .

وأما التملك براء المال ففيه محذور الجمع بين اللحاظين ،
ومحذور أن المال لا مملك له لا من ناحية المشتري ولا من ناحية
البائع ، حيث لم يجعل مال المشتري بدلاً عن مال نفسه بل عن
تملكه

قال الشيخ الأنصاري قدس سره . « ثالثها أن يقصد الأول إباحة
ماله بعوض فيقبل الآخر بأحذه ايه ، فيكون الصادر من الأول الإباحة

(١) وأما بيع خادمة العبد المديّر فقد تقدم تأويله

بالعوض ، ومن الثاني بقوله لها التملك ، كما لو صرح بقوله أبحث لك كذا بدرهم

رابعها : أن يقصد كل منهما الإباحة بإزاء إباحة الآخر ، ويكون إباحة بإزاء إباحة ، أو إباحة بداعي إباحة ، على ما تقدم بطوره في الوجه الثاني من إمكان تصويره على نحو الداعي ، وعلى نحو العوضية .

أقول : السحث أولاً عن التملك بداعي التملك ثم في هذا المقام قال العلامة الطوسي : التصرفات المتوقعة على الملك إما هي البيع أو العتق أو الوطى . أما البيع فيعقل تملك الإنسان مال غيره بعوض يملكه بأذنه ، كما يعقل تملك ماله بعوض يملكه غيره (وهكذا الاشتراء بضمن الغير متاعاً يملكه) وتعريف البيع بمادلة مال بمال إنما هو في قبال التملك محضاً ويشهد عليه المصاربة فإن العامل يبيع مال المالك بعوض يملك مقداراً مما كان ربحاً ، ويدخل الربح في ملكه

لا أنه يدخل في ملك البائع ، ثم يحرح منه بعنوان الأجرة .

هذا مصافاً إلى الاستدلال (بأوفوا بالعقود) و (المؤمنون عند شروطهم) .

لا يقال : عموم (أحل الله البيع) ، لو سلم شموله لمثل ذلك ، فمخصص بما دل على النهي عن (بيع ما ليس عنده) .

لأننا نقول : مع الأذن يخرج عن كونه بيع ما ليس عنده

وأما العتق : فما دل على المص من عتق غير المالك لا يشمل عتق المالك عن غيره ، فإذا صح ذلك صح أن يأذنه في ذلك .

وأما الوطى : فالإذن في ذلك تحليل ، إذ التحليل لا يحتاج الى لفظ خاص . وأم مع قصد المعطي الاناحة فحيما يتعلق بالاحة التصرفات حتى المتوقفة على الملك نقول التصرفات على تحويل . احدهما ما يكفي فيه الاذن من المالك فقط ، ولا شبهة في جوازه بمجرد ذلك .

ثانيهما ما لا يكفي فيه ذلك ، بل يتوقف جوازه على عوان خاص من العاوين الدخيلة فيه شرعاً ، ومن حملتها كون المتصرف مالكاً ، كما في البيع حيث يقال . لا بيع إلا في ملك ، وفي العتق حيث يقال . لا عتق إلا في ملك ، وفي المقاربة مع غير الروجة حيث لا تكون إلا في الأمة المملوكة ، وفي الإحراح في الركاة ، وفي الهدي ونحو ذلك . ويشكل على حوار ذلك بأن جواز هذه التصرفات يتوقف على تحقق سسها وهو الملك ، والإذن من المالك معناه الاذن فيما لم يتحقق سسه (نظير أن يأذن له في التصرف في عنمه ، فانه يحتص بحلبه ، والأحد من صوفه ، ولا يشمل أكله بغير ذبح) .

ولا معنى للإستناد إلى عموم (الناس مسلطون على أموالهم) فان معناه السلطنة على إيجاد المسببات بأسبابها الشرعية ولا تدل على السلطنة على نفس الأسباب أي السلطنة على جعل ما ليس بسبب شرعاً سبباً .

قلت : أولاً إن عموم تحويل التصرف يشمل بيع ماله وعتقه ومقارنته ، وهناك عموم . لا بيع ، ولا عتق ، ولا مقاربة إلا في ملك ،

ومقتضى الأحد بالعموميين هو أن الحال والمعتق والأمة تدحل في ملكه
اناماً .

نظير أنه إذا قل أكرم جميع أصدقائي ، وقال : لا تكرم كل من
لم يصل ، يؤخذ بالعموميين ويحكم بأن كل صديق له يصل ، وكل من
لا يصل ليس صديقاً

ونظير تصرف دي الحيار فيما انتقل عنه سيحه .

وانعتاق العمودين بمحدد شرائهما

أو فيما قال لصاحبه . أعتق عبدك عبي وعلي قيمته ، وتصرف
المتعاطي ساء على الإباحة بالتصرفات المتوقعة على الملك ،
فيستكشف بأحد المتلارمين ملارمه ، أو بالمعلول علته إناً



ثم إن الشيخ بعد أن لم ير الإباحة كافية في التصرفات المتوقعة على
الملك ، يقول : إما أن يكون إيجاد الموضوع من قبل المسيح أي
التمليك الصممي ، وإما أن يدل دليل على الجوار بالخصوص ، وإما أن
يكون بلحاظ أن زمام الأمر بيد المتصرف ، وعموم دليل السلطنة لا
يكفي .

أما الأول فإن يقصد المسيح للتصرف في ماله بالبيع والعتق ،
توكيله في البيع وقبول الثمن له ، ثم هبة الثمن لنفسه ، أو نقل المبيع
إلى نفسه بالهبة وبيعه لنفسه .

وكلاهما (أي المسيح للتصرفات والمباح له) غير مقصود بهما ،
فإن الإباحة والآذن لا يبيدان ذلك ، فالتمليك الصممي يتوقف على
القصد ، وليس موحوداً ، وهما لا يقصدان التملك والتملك

نعم لو كان يقول بالصراحة : بئع مالي لنفسك ، أو أعتق عبدك عني ، لكان هاك دليل الاقتضاء الذي عرفوه بأنه عبارة عما له دلالة مقصودة للمتكلم تتوقف صحة الكلام عقلاً أو شرعاً عليه كما في (واسأل القرية) و (أعتق عندك عني)

وأما الثاني ففي مثل شراء العمودين حيث قال عليه السلام : « إذا ملك الرجل أحد عموديه عُتقاً عليه » والمراد : إذا ملك ملكاً غير مستقر ، أو ملكاً شائياً وعقدياً ، فيقال بالملك التقديري آناً

وأما الثالث : فهو بيع ذي الخيار وعتقه ، وكذا الواهب ، فإنه بذلك يحصل ملك حقيقي ، إذا السبع والعتق يكشمان عن الرجوع .

وأما الرابع . فالعموم إما يشمل السلطة على المال فيما لا يخالف مؤداه القواعد الآخر ، مثل توقف انتقال الثمن على كون المثلث مالا له ، وتوقف صحة العتق على الملك .

إن قلت : الجمع بين هذا العموم الشامل للسلطنة على إباحة التصرف المتوقع على الملك وبين توقف البيع والعتق على الملك يقتضي المصير إلى الملك التقديري .

قلت . العموم لا يشمل السلطنة على هذه الإباحة ، إذ الناس مسلطون على أموالهم ، لا على أحكامهم ، فالمالك إما يبيع كل تصرف جائز شرعاً ، فذلك عدم حوار بيع مال الغير وعتقه لنفسه حاكم على عموم الناس مسلطون على أموالهم . بطريق حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وحبس الوفاء بالمدار

تقريب الحكومة أن الشارع جعل السلطنة على ماله ، أي أجاز
أصحاب التصرف ، فلا بد من أن يكون التصرف جائزاً ، فلو كان حراماً
لكان مناقضاً لإحارته ، فدليل عدم مشروعية بيع مال الغير وعتقه يكون
رافعاً لموضوعه ، وعلى هذا لا تصل التوبة الى المعارضة بالعموم من
وجه .

والعمل لا يدل على الإباحة المعوضة إلا بقراءة المقابلة المتقدمة ،
وهو تسليط يد الغير لا يدل على الإباحة المالكية ، ولا على الإباحة
الوصعية الاعتبارية

ثم هل الدوم تكليفي أو وصعي ؟ يمكن لتفصيل بين أن يكون
العوض في قبال صدور الإباحة ، فلا معنى للوصع ، فإنها ترتفع
برفعها ، عامة الأمر العصبي ، وبين أن يكون العوض في قبال
لصرفات المرحص فيها ، فلا بد من الوصع

أقول : المباح له يستحق التصرف لا بمعنى الوصع لدي يقبل
الاسقاط ، فإن الإباحة ليست إلا ترحيصاً تكون الإباحة الشرعية على
طبقه ، فليس إلا حكماً .

وعليه فيورجع المبيع في إباحته عصى ، ولا يرحص للمباح له
التصرف ، فإنه لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه .

لكن يمكن القول بأن الإباحة لها إباحة عقدية إشائية ، فتفيد
الوصع ، وعليه لو رجع المبيع في إباحته لم يكن له أثر

وحيث إنه بمقتضى (أوفوا بالعقود) أو (المؤمنون عند شروطهم)
ليس له المصحح والإباحة الوصعية الإشائية نافذة

وبعبارة أخرى : (المؤمنون عند شروطهم) تفيد وجوب الوفاء تكليفاً ووصعاً ، وتدل بالملازمة على الصحة ، فالإباحة العقدية الاشائية لا تنفك عن موضوعها بالصسخ ، كما لا تنفك الملكية عن موضوعها بالصسخ بعد لزوم العقد ، فليس للمسيح ردّ إضافة الإباحة ، كما ليس له ردّ إضافة الملكية .

بل نقول إن ظاهر الإباحة بالعوض هو جعل الإباحة التي لا رجوع فيها ، ودليل السلطة يدل على نفوذ هذا الجعل ، ولأرم النفوذ هو اللزوم .

وأما في الإباحة المعوضة ، فهل العوض في قتال التصرفات المرحّص فيها حارحاً ، أو هي في قتال نفس الترحيص ولو آناً ، نظير لثواب على العمل ، أو هي في قتال كون التصرف في العين ما دامت موجودة وناقية مرحضاً فيها ؟ وحينئذ هل هي باقية في ملكه ، فللمسيح أن يبيعها ويهبها للغير ، أو هي باقية في الوجود الحارحي .

وعنى كل حال نصير لعوض ملكاً للمسيح ، سواء تصرف المصاح له أم لا .

ومن الممكن أن يكون السرون في الصادق للمسافرين ، حيث يحسن كذا درهم لكل ليلة ، من هذا القليل ، لعدم كونه إحارة ، ساءاً على المشهور من لزوم تعيين المدة وعدم كفاية كل ليلة .

والتحقيق أن الإباحة المعوضة تكون تارة في التصرفات المتلفة كالأكال واشرب والاستحمام وإحراق الحطب للطبخ ونحو ذلك ، وأخرى في التصرفات عبر المتلفة كالحلوس . والظاهر في الأولى كون

العوض نحو صمان المال بالمسمى لا بقيمته أو مثله

وعليه لا يكون العوض في قبال الترحيص فقط

وأما في الثانية فيمكن الأمران ، ونسج الموارد بالقرائن ، والظاهر في مثل المصدق أنه نفس الإباحة ، وفي مثل الفرش وبحوه هو التصرف على تأمل في ذلك .

هل تجري المعاوضة في غير البيع ؟

قال الشيخ الأنصاري قدس سره . « الحامس . في حكم حريان المعاوضة في غير البيع من العقود ، وعدمه »

أقول . حصص المصنف (قدس سره) البحث بالعقود ، والظاهر حريان الكلام في الإيقاعات أيضاً ، فالعنوان كفي ، والذي ذكره المصنف من عناوين المعاملات ولأقوال فيها عبارة عن الإحارة والهبة والهبة والرهن والوقف .

والتحقيق . أن العناوين على أنحاء

مهما . ما هو أمر باطني لا يقبل تطهارة بالعمل ، كالذر والعهد وعدم حريان المعاوضة فيه وصح

ومهما . ما لا يقبل الإنشاء بالفعل ، وإن كان الفعل من لوازمه ، كما في الطلاق والعتق ، فإن إرسال الروحة والعد لا يكون طلاقاً وعتقاً ، فإن الإرسال من لوازم حلح الروحية وفك الملكية ، ولا يتحقق به إنشاء الحلح والعتق ، وإن كان قد قصدتهما ، إذ المقصود لم يُنشأ ، واللام ليس بأمر إشائي . ومن هذا القليل الصلح فإن وضع أحد

السايس لدى أحد الطرفين والمال الآخر لدى الطرف الآخر أمر خارجي لا ينشأ به التسالم وان كان بقصده .

ومنها لوقف على الطلاب أو على محالس عزاء المعصومين عليهم سلام ، أو الوقف على الأولاد ، وبحود ذلك فان الفعل الخارجي وروفع اليد لا يدل على شيء .

نعم ، في وقف الفرش للمسجد ونحوه يمكن ان يتأتى ذلك . ومنها ما اعتر فيه النقط شرعاً كالوقف بناء على الإجماع ، وكذلك فيه وإن قل ، بناءً بالاصطحاح معاً ، فانه يلائم معناه اللغوي ، لكن لا أثر له شرعاً .

ولعل الصلاق أيضاً كذلك ، وهكذا التحليل ، مصافاً إلى أن لكاح لارم والمعاصاة خاصتها الحوار ، فلا يلائم الكاح وربما نوههم أن حلية الاصطحاح تتوقف على الروحية ، فلو حصت الروحية بالاصطحاح لزم اناطة الحلية بالاصطحاح الخارجي مع أن الحكم لا يعقل تعلقه بالموحود الخارجي

وفيه أن حلية الاصطحاح للروحية لا يلزم أن يكون في رمسيس ، بل المعلول والعدة في زمان واحد ، فالاصطحاح المؤثر في الروحية يكون متعلقاً للحلية قبل وجوده .

وبعبارة أخرى ، ارتفاع حرمة الاصطحاح يتوقف على الروحية ، فلو حصت الروحية بالاصطحاح لزم أن يكون الشيء سبباً لارتفاع حكمه .

والحواب : أن الاضطجاع مع الأختية محرم ، وأما الاضطجاع
الذي تحصل به الزوجية في أن واحد لا حرمة له

ومنها : ما يباهى حقيقته أن يقع معاطاة ، بناء على كونها غير لازمة
كالرهن ، فإن الوثيقة لا تحصل بغير اللزوم ، بل حقيقة الرهن هو الوثوق
من عدم كون الدين هدرأ ، وذلك لا يلائم الحوار

وربما يقال : إن القصر شرط في الرهن ، فلو حصل به الرهن لزم
اتحاد المشروط والشرط

والحواب : أن انقبض ، وإن كن أمراً واحداً ، لكنه تتعدد فيه
النسبة ، فملاحظ بسنه إلى الفاعل رهن ، وللملاحظ بسنه إلى القابل
شرط .

نعم يكن أن يقدر إن المعاطاة ليست حائزة مطلقاً ، بل تتبع
مواردها ، فهي مورد الرهن الذي حقيقته متفومة باللزوم ، تكون
المعاطاة لازمة .

ومها ما يتمحص في المعاطاة ، وهو ما إذا عمل العامل بقصد
العوض من دون أن يملك عمله للطرف ، وإما كان بسبب منه ، كما
إذا حبس لدى الحلاق فخلق رأسه ، أو أعطى ثوبه للحياط من دون أن
يملكه الحياطة ، وعلى هذا فالإحارة في الأعمال لا بحرى إلا عني
التمحل الذي سذكره

ومها ما يقبل الأمرين كالهبة والهدية والوديعة والعارية ،
والتصرف بقصد المسخ ، أو بقصد الرجوع في المطلقة ، وإحاره

المساكن التي تتحقق بتفويض مفتاح المسكن ونحوه .

ثم إن الدليل على صحة المعاطاة لمّا لم يكن محصوراً في السيرة ، حتى يشكل الأمر في غير البيع ، بل كان عموم دليل نفس العقد المنطوق على المصداق أو عموم (أوفوا) كافياً ، فالخطب سهل . وبعبارة أخرى : كل فعل يقبل أن يكون مصداقاً للمعاملة العقدية أو الإيقاعية ، ولم يقيم برهان عقلي أو شرعي على خلافه ، ولم يعترض شرعاً لفظ خاص فيها كان الشأن أن يتحقق به عنوانها إذا أشئت به ، سواء دلت السيرة عليه أولاً ، لكفاية عموم (أوفوا بالعقود) ، وقد وقع الاختلاف في موارد من النكاح والهبة وغيرهما .

ومن حملتها الإحارة ، ويستدل المحقق الثاني على حريان المعاطاة فيها بأن الأخير لو لم يشأ من قلبه الإيجار ، بل قال الأمر . إفعل كذا وأعطيك كذا ، استحق الأجرة ، وكذا إذا وهبه معاطاة أي وهب بغير عقد ، فإن طاهرهم حوار الاتلاف ولو كانت إحارته فاسدة لم يحر له العمل ولم يستحق الأجرة مع علمه بالفساد وكذا لو كانت هبة فاسدة لم يحز الاتلاف بل مطلق التصرف . وهو ملحوظ وجيه

وقد اشكل لشيخ الأنصاري على ذلك بأن المعاطاة على مسلك المحقق الثاني ممكنة للعمل ، والأجرة ، ولم نجد من صرح به في المعاطاة .

﴿ملزمات المعاطاة﴾

قال الشيخ الانتصاري قدس سره : « إعلم أن الأصل على القول بالملك اللزوم ، لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة » .
أقول : الوجوه الثمانية هي : -

أولها . استصحاب مالكية الأخذ بعد رجوع المعطي .
ثانيها . قاعدة السنطة ، حيث إن الأخذ له السلطة على ما ملكه بالأخذ .

ثالثها . قوله عليه السلام ، « لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه » فبدون طيب الأحد لا يحل ماله

رابعها . حصر حوار التصرف في التحارة عن تراض ، فان رجوع المعطي قهراً على الأحد ليس بتحارة وليس هناك تراض
خامسها . النهي عن الأكل بالباطل ، حيث إن نقل المال والتصرف فيه قهراً بعد أن ملكه الأحد أكل بالباطل .

سادسها . قوله . « السبعان بالخيار ما لم يفترقا » فإذا افترقا فلا خيار .

سابعها : آية « أوفوا بالعقود »

ثامنها : (المؤمنون عند شروطهم)

قوله : « لقاعدة تسلط الس على أموالهم ، وأصدانه سلطة المالك الثابتة قبل « المعاطاة »

أقول . استدلل على الحوار مع القول بالإباحة ، بالقاعدة ، وباستصحاب سلطة المالك التي كانت له قبل المعاطاة . والحث ها في مرحلتين :

إحدهما : في أن الإباحة التي ذكرها ، هل المراد منها الإباحة المالكية أو الشرعية ؟

والثانية : كيف جمع بين القاعدة والاصل ، مع أن الثاني لا مجرى له مع الأولى .

أما المرحلة الأولى فلو كان الأمر كما ذكره صاحب (الحواهر) من أن المعاطاة هي التي يقصد بها الإباحة فمن الواضح أن القاعدة حاربة ، ولا مجرى للاستصحاب وإن كان الأمر على ما هو المشهور من أن المعاطاة يقصد بها التملك ، لكن الملكية لا تترتب عليها وإنما الإباحة تكون أثرها ، وحسب يوحه الكلام في أن هذه الإباحة هل هي الإباحة المالكية الصمية ، ملحاط أن يجعل المتاع تحت يد الغير ، ويسلطه عليه راصياً بتصرفه ، وداعيه وإن كان هو التملك ولم يسلم له شرعاً ، لكن رضاه بالتصرف باق على حاله . فتكون الإباحة الشرعية من أحكام هذه الإباحة المالكية ، وترتفع بارتفاعها ، وقاعدة السلطة محكمة ، ولا محال للأحد باستصحابها

أم إن الإباحة إباحة تعددية شرعية محصنة ، من دون أن يقدر مرضى المالك صمماً ، فإنه قصد التملك فقط ، وليس له رصداً آخر ، وإنما الشارع حكم بالإباحة فلا مفاة بين قاعدة السلطة على التصرف في المال المعطى ، والتعدد الشرعي بالإباحة بالاصفة إلى المعطى له ، فإن صدور المعاطاة من المعطي صدر سبباً لإباحة تصرف المعطى له ، ما دام المال من المعطي ، فالمعطي إن أثل مال أو باعه تسقط الإباحة بسقوط موضوعها

١ - تلف العوضين :

قوله . « فاعلم أن تلف العوضين مُلزم إجماعاً على الطاهر المصرح به في بعض العائز . أما على القول بالإباحة فواضح » أقول : ما عئل به من كون التلف من مال مالكة ، يافى ما تقدم منه من الالتزام بالملك أنما ، وإنما يتوجه المصير إليه على بعض الوجوه .

ولتفصيل أن القول بالإباحة على أربعة أنحاء .

أحدها ما يظهر من صاحب (الحواهر) من أن مقصود المتعاطين إباحة كل منهما ماله لصاحبه ، فعلى هذا يكون التلف في ملك المالك الأول من دون أن يصمه الأحد ، حيث لم تكن يده يد ضمان ، ولا إتلافه مصمماً ، لتمكن المالك بقول مطلق

ثانيها : ما يظهر من صاحب (المسالك) ومن العلامة الحراساني من الميل إلى أن المعاطاة المقصود بها الملك يشترط شرعاً في تأثيرها التلف ، نظير اشتراط القبض في الصرف والسلم ، لكن يباح التصرف

في العوضين بمحرد التعاطي ، إما إباحة طهرية ، بناء على أن التلف شرط متأخر ، ونحققه في الخارج يكشف عن الملك من الأول ، أو واقعية ، بناء على أن الآن المتقدم المقارن شرط لحصول الملكية ، وعلى كل حال يكون التلف في ملك الأحده دون المالك الأول .

ثالثها . المصير إلى كون المعاطاة بيعاً فاسداً لا تؤثر في الملكية ، وإن كانت مقصودة منها ، وإنما يكون أثرها الإباحة المالكية بلحاظ أن تسيط يد الغير على المال يتضمن الرضا بالتصرف ، وعلى هذا فالتلف في ملك المالك الأول على حدوما ذكر في الوجه الأول ولا تحري قاعدة (ما يضمن بصحيحة بضمن بفاسده) فإن موردها ما يتمتع في الرضا المعاملي ، ويكن التسليم إلى الطرف الآخر حرياً على طلق المعاملة ، دون ما كان بنفسه دالاً على الرضا بالتصرف وبالجملة إن تلك القاعدة إنما هي فيما لا يكون من ناحية المالك سوى الرضا المعاملي رضاً آخر ، فلا تعم مورد المعاطاة

رابعها . المصير إلى أن المعاطاة المقصود بها الملك موضوع لإباحة التصرف شرعاً . والإجماع على عدم الصمان بسبب التلف يكشف عن حصول الملك آنأما قبله ، على ما تقدم من المصنف (قده) ، وعلى هذا فالتلف يكون في ملك الأحده ، دون المالك الأول .

إلا أن يشكل عليه بأنه لا وجه لحمل الإجماع كاشفاً عن ذلك ، ضرورة أن إباحة التصرف شرعاً بقول مطلق ، تمنع عن حريان قاعدة (ما يضمن) ، ولا محال لصمان اليد أو الاتلاف ، فلا وجه للمصير

الى الملكية انما ، فالتلف في ملك المالك الأول .

قوله : « وأما على القول بالملك ، فلما عرفت من أصالة اللزوم » .

أقول . توضيحه أن ما دلّ على لزوم البيع ، يستفاد منه عدم ارتفاع أثره بأي رافع يمرض ، وأن عقده لا يحلّ بالمسح أو بما يلزمه من جواز التردّد ، لكن الدليل أثبت ما يحالّ فيه المعاوضة ، والمتيقّن من مفاده هو جواز تردّد العوضين بعييهما^(١) وذلك لا يعقل إلّا مع وجودهما في الخارج ، فإذا حصل التلف فلا موضع للحواز ولا محال لما يلزمه من انحلال العقد ، وعليه لا وجه للمصير إلى حواز حلّ العقد الموجب للرجوع إلى المثل أو القيمة .

وبعبارة أخرى : إنما كان يصار إلى الحواز في بيع المعاوضة ، فيما أمكن استرداد الموجود الخارجي إلى الملك ، ومع عدمه يتعسّك باطلاق حكم العمومات الدالّة على اللزوم فإن المتيقّن من تقييده هو الحواز ما دام العوضان موجودين ، وليس حروح المعاوضة عن عموم

(١) الظاهر أن هذا المورد حكم تعدي نظير الرجوع في الهبة ، لا أنه حق يقبل لاسقاط وبحوه ، فالمالكان كما كان لهما التعاضلي سهما ، كذلك يكون لهما التردّد والحاصل أن التردّد وإن كان إلى الملك ، لكنّه حكم تعدي ، ولو فرض أنه حق لم يصّر بما نحن فيه ، فإن المتيقّن من الدليل هو جواز تردّد الموجود في الخارج فالحق مفصّل على هذا المورد .

تنبيه . لترادّي إلى الملك وحلّ العقد بالمسح معاكسان ، والأوّل موضوعه العوضان ، ويلزمه انحلال العقد ، لا معنى لعائه ، والثاني موضوعه العقد ، ويلزمه رجوع العوضين إلى مالكهما

دليل اللزوم بالتخصيص، حتى يقال بعدم حواز الأحد به بعد مضي ما هو المتيقن من زمان المحخص، بل يمكن التمسك بالعام على مسلك العلامة الحراساني في (الكفاية) حيث يكون زمان المحخص من الابتداء.

وبما ذكرنا اندفع ما يقال من أن التراد إلى الملك لا يتمتع تلف العوصين، حيث أن الملكية من الأمور الاعتبارية، فيعقل استرداد التلف إلى الملك.

وجه الاندفاع أن المتيقن هو جوار تراد العوصين بعيهما، فلا يثبت الموضوع مع التلف.

مضافاً إلى أنه لا أثر لاعتبار ملكية التلف بوصف كونه تالفاً، فانه لا يد عليه، ولا إنلاف بعده حتى يترتب الضمان بالمدل، ولا وجه لاعتبارها فيه قبل تلفه، ضرورة أن التراد كالفسخ، وذلك من حينه لا من أصله.

قوله: «مع أن الشك في أن متعلق الحوار هل هو أصل المعاملة، أو الرجوع في العين، أو تراد العين يجمع من استصحابه»

أقول لما عثر بعض الأصحاب عن الحوار في المعاوضة بحوار الفسخ، وكان القول بحوار التراد بعنوان أنه هو المتيقن فيشك في ارتفاع لحواز بعد التلف، ضرورة أنه لو كان متعلقه الفسخ لكان ناقياً بحاله، وعليه يحري استصحاب نقاء الجوار، أحاب الشيخ الأنصاري عن ذلك بالتمسك بأصالة اللزوم، وهو في محله على ما

قدّمناه من التمسك بالعام

وأما لو قيل بعدم إمكان التمسك به بعد مضيّ زمان المحضّر
إدّا كان محملاً وأنه يحرق استصحاب حكم المحضّر ، فالجواب
عن ذلك أن هذا الاستصحاب لا يتم إلّا سحوا استصحاب الكلّي في
القسم الثاني من أقسامه^(١) ، وهذا الاستصحاب في الموضوعات لا
غبار عليه ، وأما في الأحكام فيشكل جريانه غائبا ، لعدم إقرار
موضوعه وما نحن فيه كذلك ، فإنّ الشك في بقاء كلّ الحوار إما
هو للشك في موضوعه من حيث أنه التراد أو الفسخ وليس من قبيل
تردد الكلّي بين مرديه . أحدهما القصير ، والآخر الطويل فليتدر
جيّداً

٢ - تلف إحدى العينين .

قوله : « ومنه يعلم حكم ما لو تلفت إحدى العينين أو بعضها على
القول بالملك » .

أقول . من غير فرق بين أن يكون عدم اللزوم بدليل مستقل
كالاجتماع ونحوه ، أو يلحظ ما هو كالشرط في صم العقد حيث
أن التعاطي ليس كالقول دالاً على الالتزام بما تسبب إليه ، بل هو فعل
خارجي يتصمّن لأن يكون له خلاف ما فعله فكما أعطى المال وملكه
لصاحبه ، فله ردّه إلى ملك نفسه وحيداً فإن استرحه جارحاً ، فهو

(١) فإنه لو كانت بحاله السابعة حوار تراد العينين فهو مربع قطعاً ، وإن كان حوار
فسح عند المعطاه فهو باق قطعاً ، فيكون الحوار الكميّ متيقن الحدوث ومشكوك في الغاء ،
ببصحب

فعل في قال الفعل ، وإن أظهر الدائمة لساناً فهو إنشاء قولي في قال
الإنشاء الفعلي ، فليتدبر .

قوله : « فقد استوحه بعض مشايخنا وفقاً لبعض معاصريه ، تبعاً
للمسالك أصالة عدم اللزوم » .

أقول : لا بد من أن يكون المراد بتبعية (المسالك) فيما احتمله
على خلاف ما قوّاه ، فانه قال : « ولو تلفت إحداهما حاصّة ، فقد
صرّح جماعة بالاكتفاء به في تحقّق ملك الأخرى ، بطراً إلى ما
قدّمناه ، من جعل الباقي عوضاً عن التالف ، لتراضيهما على ذلك ،
ويحتمل هنا العدم إلتفاتاً الى بقاء الملك ، وعموم (الناس مسلطون
على أموالهم) والأوّل أقوى ، فان من بيده المال مسحقّ قد طفر بمثل
حقّه بادن مستحقّه فيملكه ، وإن كن معيراً له في الحسن والوصف ،
فتراضيهما على ذلك »

قوله . « لأصالة بقاء سلطة مالك العين الموجودة، وملكه لها »
أقول . الوجه في عدم التمسك بقاعدة السلطة هو نظرك احتمال
أن يكون التلف موحاً للملك ، ولذا استصحب بقاء الملك وبقاء
السلطنة .

قوله : « وفيه انها معارضة بأصالة براءة دقته عن مثل
التالف ... »

أقول : المراد هو استصحاب براءة دقته ، لا ما هو المصطلح من
أصل البراءة فانه اصل حكمي لا محوري له مع الأصل الموضوعي
وحاصل المعارضة : أن مالك العين الموحودة هو الذي تلف مال

الآخر عنده ، ولا يمكن الجمع بين استصحاب سلطته عليها واستصحاب براءة ذمته عن البذل ، لاستلزامه خروج ما كان معوضاً عن كونه كذلك ضرورة أن الإباحة لم تكن محالية ، فلا مسوّغ له في الرجوع إلى ما كان يملكه ، لتساقط الأصلين .

قوله : « والتَّمَسَّكُ بعموم على اليد هنا في غير محله »

أقول : أراد بذلك سلامة أصالة السلطة عن المعارض ، لعدم جريان أصل الرأفة ، حيث تحري قاعدة اليد ، فإنها حاکمة

وأحاب عن ذلك بأن معنى جريان القاعدة فيما نحن فيه هو التصمين بالبذل على تقدير الرجوع ، فإنه لا ضمان قبل التلف ولا بعده لو لم يرجع ، والضمان التقديري لا تتكمله قاعدة اليد ، ودر مفادها التصمين بقول مطلق .

قلت أولاً إن يد كل من المتعاطيين على مال صاحبه ليست يد إباحة محالية ، بل معاوضة ، فهي يد ضمان قبل التلف

وثانياً إن التقدير في الضمان هو من باب تعليق الحكم على موضوعه ، وتصمين اليد دائماً يكون كذلك ، فإن معابها هو أن على اليد أن تؤدّي مال الغير إذا طالب ، فإن كان موحوداً ردّه بعينه ، وإلاّ ببذله .

وما نحن فيه نظير التلف عند من عليه الخيار فكما يقال إن يده يد ضمان ، وانه لو تلف المال عنده واسرّحه من به الخيار ضمن البذل ، كذلك يقال هاهنا لو تلف مال الغير عنده ، ورجع في مال نفسه ضمن ذلك .

والحاصل انه بناء على ما ذكره تتم سلامة أصالة السطرة عن المعارض ، لسقوط أصالة الرأى بالحكومة ، فلمالك العين لموحودة أن يرجع فيها بمقتضى أصل السطره ، وعليه أن يؤدي المدل^(١) وذلك معنى عدم لزوم المعاطة مع تلف أحد العوصين سوء كان لتلف سماءياً أو عمدياً^(٢) .

والحقيق ان التصيل بين القول بالملك والقول بالالاحة إنما يتم على ما ذكره صاحب (الخواهر) من كونها مقصودة للمتعايطين من أول الامر ، وأما بناء على أنهما يقصدان التملك - كما هو المتعارف - والمعاطة في حد نفسها بيع بالحمل الشيع ، وتشمله عمومات أدلة لملك واللزوم وإطلاقاتها ، فالقول بالالاحة لا بد وأن يكون لدليل خارج يوجب التخصيص والتقييد .

فقول ان هذا الدليل كائن ما كان ، حيث انه محمل^(٣) فلا يقاوم إطلاقات ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد ، وحلية لبيع ، فيقتصر في التقييد على ما هو المتيقن ، فالقول بالالاحة إنما يمكن المصير إليه ما دام العوصان موجودين ، أما اذا تلف أحدهما أو

(١) ومما لا يخفى ان يرد ما عنده من عين الموحودة ، ويأخذ بدل ماله ، فان الجوار من الطرفين

(٢) ضروره أن عدم انصاف بالتلف السماوي بما هو فيما لم يكن فيه جهة معوضة أصلاً ، أو لم يرجع المالك فيما جعله عوضاً

(٣) لوصح أنه لم يتم دليله ظهور في نفي التملك على الإطلاق ، وكذا دليل على الإلاحة ، سوء كانت ملكية صبيته قد انصافه الشارع ، أو كانت بغيره محصة ، أنصاً محمل

نقصه ، فلا بد من الأحد تلك الاطلاقات ، بل والعمومات ،
والحكم بالملكية .

والحاصل : أنه على القول بالإباحة لا بد من الحكم باللزوم
بمعنى حصول الملكية اللازمة .

ثم أن ما ذكرناه يتمشى حتى على ما ذكره الشهيد الثاني بقوله :
« اللهم إلا أن يجعل المعاطاة جزء السب والتلف تمامه ، حيث أن
المتيقن في اشتراط التلف في قتال العمومات والاطلاقات هو الاكتفاء
تلف أحدهما . وقد حكم قدس سره فيما تقدمت في نقل كلامه بأنه
الأقوى ، لكنه علل ذلك بغير ما علل به

قوله : « ولكن يمكن أن يقال إن أصالة بقاء السلطة حاکمة على
أصالة عدم الضمان ... »

أقول : تقريره أن الشك في الضمان مسبب عن الشك في
السلطة ، ضرورة أنه لولاها لم يكن له الرجوع ، ولا يكون عليه
الضمان لعدم موضوعه .

وفيه - أن الأمر وإن كان كذلك ، إلا أن ترتب الضمان على
الرجوع ليس بجعل شرعي ، بل إما هو من باب الملازمة ، حيث لا
يمكن أن يكون التلف هدرًا فيما لم تكن الإباحة مجابة

وبعبارة أخرى استصحاب بقاء العين الموحودة في ملك مالكها
الموجب لسلطنته عليها ، لارمه ضمان المثل أو القيمة ، لا أنه سب
شرعي له .

ولولا ما قلناه لأمكن العكس ، وجعل استصحاب عدم الصمان
بذلك حاكماً ، فإنه يلزم تعيين تلك العين الموحودة في البدلية فلا
سلطنة له على الرجوع فيها .

قوله : « مع أن صمان التالف بدله معلوم ، إلا أن الكلام في أن
هذا البديل هو الدل الحقيقي - أعني المثل أو القيمة - أو البديل
الجعلي . . »

أقول . توصيحه أنه لا يمكن إحراء أصالة عدم الصمان بقول
مطلق ، للعلم إجمالاً بأنه لا يذهب التالف هدرًا ، فيدور الأمر بين أن
يكون محكوماً شرعاً بصمان المثل والقيمة ، أو بصمان ما جعله في
أصل المعاملة بدلاً ، حيث أهما كانا يقصدان التمليك في التعاطي^(١)
على ما هو المتعارف من قصد المتعاطين ذلك ، والشَّرَفُ في الدوران
كذلك ، هو احتمال أن يكون تلف أحد العوضين سبباً شرعاً لملكية
الأخر ، وبدليته عن التالف ، وحيث لا أصل يعين بدلية أحدهما
بالخصوص ، فلا يحلّ العلم الاحتمالي ، وأصالة عدم بدلية كلٍّ
مهما تتعارض مع الأخرى وتتساقطان ، فلا أصل يعارض أصالة
السلطنة^(٢) .

(١) فالدلية محعونة مهما من لأول ، وتماثل بعض الشارع ذلك بتدء على ملك
بغائيب بالاناحة وهد على ملك غير صاحب الجوهر ، وأن على مسكه فابذل الجعبي
هو ما جعلاه عوضاً في جهة الاناحة المطلقة

(٢) شار سيده الحد قدس سره بي ر حمه (فلا أصل) في عبارة الشيخ الأصباري
يمكن أن تكون بهذا المعنى ، كما يمكن أن يكون بالمعنى المتقدم لذي غير عنه ففوه
(وحيث لا أصل يعين بدلية أحدهما)

قلت . نعم ، ولكن لا محرى حيث لأصالة السلطة ، فإنها -
عنى ما قدمناه - من آثار التعبد ببقاء الملكية ، والتعبد به من لوارم عدم
بدلية العين الموحودة عن التالف ، فيتعارض مع معارضة ، فإن
التعارض بين الشئين يسري إلى لوارمهما وأثارهما ، وعلى هذا
فحيث لم يمكن التعبد بقاء الملكية لم يكن إحراء أصالة السلطة

قوله . « مصافاً إلى ما قد يقال من أن عموم الناس مسلطون على
أموالهم يدلّ على السلطة على المال »

أقول : أراد بذلك سقوط أصل الرأى بهذا الدليل ، ليسلم أصالة
بقاء السلطة عن المعارض

ولكن كيف يعقل دلالة ذلك على أحد المال بعد التلف ، فإن
الموضوع هو المال المصاف بالتعل إلى المالك ، وقد سقطت هذه
الإضافة بالتلف ، فإن النسبة لعدم باعدام طرفها ، وحدوث إضافة
جديدة بين المالك وبين بدل التالف يحتاج إلى دليل آخر غير هذا
الدليل ، لاستحالة أن يثبت الحكم موضوعه ، ولعلّ الشيخ الأنصاري
(قده) أشار بقوله (فتدبر) إلى هذا المعنى

٣ - لو كان أحد العوضين ديناً في الذمة .

قوله : « ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين ،
فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته . فيسقط عنه »

أقول . لا حاجة إلى الحكيم بمالكية من في ذمته ، ثمّ تصريح
السقوط عليه ، فإنه يتمّ المقصود وإن كان السقوط مترتباً على البيع

نفسه ، بطراً الى ان ترتبه على حصول الملكية غير مستقيم برهانا ،
 ضرورة أنه لا يعقل استناد عدم الشيء الى وجوده ، وكما يستحيل أن
 يلزم من وجود الشيء عدمه ، كذلك يلعبو اعتبار ذلك ، لكن ما ذكره
 يتنى على مسلك المشهور من أن البيع لا بد وأن يؤثر في الملكية في
 كلّ مقام ، فيصحح بيع الدين على من هو عليه والإشراء به ، وكذا
 شراء العمودين بحصول الملكية أنا ما .

وأما على مسلك شيخنا الاستاذ قدس سره من أن البيع هو
 تمريض ما عنده إلى المشتري ، وقطع ما كان من اصاصته ، فيؤثر تارة
 في التمليك ، وأخرى في السقوط ، وثالثة في الاعتناق ، ورابعة في
 غير ذلك

والحاصل : أنه على أي تقدير ، يتم ما استظهره من أنه في
 حكم تلف احد العوصين الموحب للروم على القول بالملك

قوله : « لان الساقط لا يعود »

أقول . حيث أن العود يلزم كونه هو هو ، ومع تخلل العدم لا
 يعقل ذلك ، وحدوث مثله كما في المسح بالحيار وبحوه ، لا بصار
 اليه الا بدليل يقوم عليه ، والا فهو تلف وله حكمه .

قوله . « ويحتمل العود^(١) وهو ضعيف »

أقول . أما وجه الاحتمال فهو أن ثبوت الدين في الدّمة كان

(١) أراد بذلك بيان الفرق بين السقوط والتلف . ملحظ أن التالف ما لا يمكن عوده ،
 فاذا احتمل العود في السقوط فلا يكون بطيره وهي حكمه

بالاعتبار ، فعوده أيضاً يكون ذلك ، والاعتبار حقيق المؤونة .
 وبعبارة أخرى : ان الدمة هي العهدة فتارة يعسر كون الدين فيها ،
 وأخرى يعتد عوده إليها بعد خروجه عنها ، وأما وجه الصعف فهو أن
 العود قوام مفهومه إنما هو سفاء الشيء فلا بد من اعتد بقاء الدين ،
 واعتدائه في فرص سقوطه هو اعتد المتأففين ، والعهدة ليست أمراً
 حقيقاً بحيال نفسها ، حتى يتبادل فيها الدحول والخروج والعود ، بل
 قوامها بالاشتغال بالدين ، وبعد سقوطه لا عهدة في الدين

وبالحملة لا معنى للمصير إلى إمكان أن يعود الدين بعد
 سقوطه .

ان قلت : لو فرض التقابل بينهما مع كون أحد العوضين ديناً ،
 فكما تشتغل الدمة محدداً بسب الإقالة ، ويقال يعود ما في الدمة ،
 فليكن فيما نحن فيه كذلك .

قلت : إنما ذلك بالعباية فإنه بالإقالة تتحقق ملكية جديدة لمثل
 الدين الذي كان مملوكاً سابقاً لاستحالة بقاء الملكية الأولى بعد سقوط
 موضوعها ، وإنما يصار إلى ذلك بمقتضى ما دل على صحة الإقالة ،
 ولا يمكن ذلك فيما نحن فيه ، فإن حوار المعاطاة عبارة عن ترادف نفس
 العوضين إلى الملك لا مثلهما^(١) فالعود بالعباية يحتاج إلى قيام

(١) وبعبارة أخرى الملكية الخاصة بالردة أو الاسترداد ، وان كانت ملكية حادثه لكنها
 متعلقة بعين المملوك بالمعاطاة دون مثله ثم ان ما ذكر من أن حوار المعاطاة عبارة عن ذلك
 مسمى على ما تقدم من أن دليل الحوار ، في هذه عمومات المردوم وطلاقاته ، لا يثبت أن
 إنما هو المتيقن ، وهو الذي ذكره سيدنا الجد قدس سره .

دليل عليه بالاستقلال ، ولا يمكن إثباته من ناحية حوار المعاطاة ،
للرؤم الدور ضرورة أن بقاء حوارها يتوقف على صحة هذا العود ،
وإلا كان مرتفعاً ، فلو أريد إثبات صحته بحوار المعاطاة كان ذلك
دوراً .

ومما ذكرنا ظهر أنه لا وجه لأن يستصحب حوار المعاطاة بتقريب
أنه يشك في ارتفاعه بسبب سقوط ما في الدقة ، فانه
أولاً أن المتيقن السابق يقطع بارتفاعه

وثانياً لا معنى للبعد شوت مثل ما كان سابقاً ، فانه غيره ، وان
كان بالعناية يقال أنه هو .

والحاصل ان المعاطاة فيما كان أحد العوصين دياً تعقد من
الأول لازماً وليتدبر جيداً .

قوله : « والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحة ،
فافهم » .

أقول . أي على هذا القول أيضاً يسقط الدين عمر هو في دقته ،
فيحرق فيه ما تقدم من حكم تلف أحد العوصين ، وساء على عدم
الرؤم يرجع في العين الموحوده والبدل هو مثل الساقط
والسر في سقوط الدين على ما ذكره العلامة الخراساني هو « أن
الظاهر أن إباحة الدين لمن عليه الدين لا يعقل لها معنى إلا
سقوطها » .

أقول لو كان هناك دليل حاص في مورد المعاطاة مع كون أحد

العوضين ديناً ، ودلّ على حصول الإباحة بها ، ودلالة الاقتضاء إما أن يستظهر ذلك ويكون كما لو صرح أحد بتحليل صاحبه عمّا في ذمته ، أو يؤوّل بأن المراد هو إباحة التصرفات الناقلة ، وحصول الملك لمن عليه الدين قبل نقله .

وأما إذا لم يكن هناك دليل خاص فعموم ما دلّ على الإباحة لا يعقل شموله لهذه المعاطاة ، فإن التصرفات الانتفاعيّة بالدين لا معنى لها ، والتصرفات الناقلة تحتاج إلى سبق الملك ، ولا ملك . وعليه فالإلزام على القول بالإباحة في المعاطاة ، هو المصير إلى بطلانها فيما كان أحد العوضين ديناً ، ولعمّته إلى ذلك أشار بقوله . « فافهم » .

٤ - نقل العينين أو أحدهما بمقد لازم

قوله : « ولو نقل العيس أو إحداهما بمقد لازم ، فهو كالتلف على القول بالملك »

أقول . فأنّه لما كان جواز الترادّي في المعاطاة حكماً ، لاحقاً في العين حتى يسمع عن العقد عليها ، ولاحقاً في حلّ العقد حتى يسمع عن لرومه ، فيسقط ، لامتناع متعلّقه ، وعليه فليقل كالتلف يوجب اللزوم

قوله . « وكذا على القول بالإباحة »

أقول . لكن فيما كانت التصرفات الناقلة متوقّفة على الملك ، وقبلها حصول الملكية في ان قبل التصرف ، فأنّه في هذا الآن لا بدّ

وأن يملك صاحبه ما بيده ، لعدم جوار اجتماع العوصيين في المثلث
وأما في التصرف الناقل غير المتوقف على الملك كالنصرف فيه بأداء
الدين به مثلاً فيأتي ما تقدم من اللزوم بتلف إحدى العينين ، أو حوار
الرد والاسرداد بالنسبة الى العين الموحودة ، وأداء البذل عما انتقل
قوله : « ولو عادت العين بفسخ ... »

أقول أي نوع من المسح ، أما بحدوث حق الخيار^(١) كما في
العين عند ظهوره ، أو بالاقالة والسري في تقييد ذلك بالمسح ، دون
العود الى الملك ، حتى يعلم ما اذا ورث ما نقله ، أو أنه ، أو
اشتره ، أو أحده بالمقاصة وبحود ذلك ، وهو أن التملك في مثل ذلك
إنما هو سبب جديد لا يرتبط بالمعاطاة أصلاً ، فلا يشمل جواز التراد
الذي هو عبارة عن تراد المملوك بالتعاطي لا مطلق المملوك .

نعم إن قلنا بأن في موارد المسح يكون السبب في الملكية هو
نفس المسح بلحاظ أن الملكية الأولية قد سقطت بالنقل ، ولا يعقل
عودها ، لاستحالة أن يعود الساط ، كان ذلك أيضاً تملكاً حديداً
خارجاً عن موضوع جواز التراد .

وأما إن قلنا بأن المسح هو حل العقد ، ورجوع العوصيين الى ما
كانا عليه ، وأن الداخل في لملك بعد خروجه كان لم يخرج ،
فالملكية الحادثة وان لم تكن هي الأولية شخصها ، لكنها مستدة الى
ما كان بينهما من المعاطاة ، فيصح اعتبار كونهما هي الأولية^(٢)

(١) بإشارة منه قدس سره الى أنه لو كان من الأول لم يبرهن العقد لارماً
(٢) لا يحصى أن ذلك اعتبار محض ، ووقع لأمران يصح لاسيما عن ما هو الحق

قوله : « لإمكانه فيستصحب ... » .

أي قد كان يجوز التراذ في المأحود بالمعاطاة ، وقد مع عنه
عدم إمكانه حين انتقاله الى العير ، فلما زال المانع ، يشك في ارتفاع
الحواز لتحلل الانتقال الى العير ، فيستصحب نقاؤه .

قوله : « فالموضوع غير محرر في الاستصحاب »

توضيحه : أنه لم يشك أن موضوع الحواز هو تراذ العين بقول
مطلق ، حتى يمتنع تارة ويتمكن منه أخرى ، حتى يشك في ارتفاعه
بتحلل الامتناع ، فيستصحب نقاؤه في حال التمكن منه ، فإنه من
المحتمل أن يكون الموضوع هو تراذ هما بما هما مملوكتان بالتعاطي
لم يطرأ عليهما الخروج عن الملك .

ومن الواضح انه غير باق ، وعلى ذلك فيستند الشك في بقاء
الجواز الى الشك في بقاء الموضوع لا الى الشك في الارتفاع ، ومعه
لا يصح الاستصحاب لعدم احرار موضوعه .

إن قلت : كان الأولى الحكم بعدم حرمان الاستصحاب ، للعلم
بالانتقاض ، ملحاط أن جوار التراذ قد كان مترتباً على الملكية
الحاصلة بالتعاطي ، وقد ارتفعت قطعاً بسبب النقل ، والتي تحصل
بعد الفسخ هي غيرها ، لاستحالة عود المرتفع

وبعبارة أخرى . هذه ملكية حادثة مستندة الى الفسخ ، لا إلى
المعاطاة ، فلا موضوع أصلاً ، ولا بقاء للحكم قطعاً

من كونه حل العقل من حبه لا من أصله ، هو الممثلة ، غاية الأمر في ظرف من المعاملة
بينهما

قلت . إن المسح هو اعتبار حلّ العقد ورجوع العوصيين الى ما كان عليه ، والملكيّة الحاصلة بعده هي الملكية المعاطائيّة بحسب الاعتبار العقلائي ، وهذا المقدار يكفي في إمكان الاستصحاب .
 ويتقريب آخر : ان عقد المعاظة كسائر العقود له اعتبار البقاء ، وقد منع عن ترتّب أثره عليه ما حدث من النقل الى الغير ، فلمّا ارتفع المانع بالمسح ، ترتّب عليه ذلك ، فليس المسح تمام السبب للملكيّة الحاصلة بعده ، وعليه يصحّ القول باستنادها الى المعاظة فيمكن اجراء الاستصحاب .

نعم حيث كان يحتمل تقييد الموضوع بعدم طرؤ الخروج عن الملكية الابتدائيّة ، فلا يمكن إحراؤه لعدم احراز موضوعه .
 قوله : « بل المحقق أصالة بقاء سبطه المالك الأوّل المقطوع بانتمائها »

أقول من غير فرق في حصول القطع بالإتداء بين أن تكون هذه السلطة هي ما تكون بالطبع لكل مالك في ماله ، أو السلطة الحاصلة بالمعاظة بلحاظ التعمّد بالإلحاق المعاوضيّة ، ضرورة أنّ مقتضى التعمّد هو جواز تراؤ العوصيين بما هما مباحان ، لا بما هما مملوكان بالملكيّة الحادثة .

قوله . « نعم ، لو قلنا بأنّ الكاشف عن المثلث هو العقد الناقل . . . »

أقول : لمّا حكم بالبروم على تقدير القول بالإلحاق ، بلحاظ كاشفيّة العقد الناقل استدرك كلامه بأنّ ذلك لمّا لم يكن سحوا كاشفيّة

الامارة ، التي لا يوجب ارتفاعها ارتفاع المنكشف ، بل نحو كشف العلة عن معلولها ، الدائر مدارها ، والمرتفع بارتفاعها ، حيث ان ترتب الاباحة على المعاطاة مع كون المقصود بها التمليث إنما هو بمقتضى الدليل العوجب لتقييد إطلاقات أدلة صحة البيع ، والقدر المتيقن من ذلك ما إذا لم ينصد أحد المتعاطين للنقل ، وبمجرد ان شرع فيه يحكم - بالنظر الى تلك الاطلاقات - بكونه مالكا^(١) ، وبتمامية ما شرع فيه بقول المقول إليه أو قبضه ، تتحقق ملكية المقول ، فشروعه علة نامة لملكية نفسه ، وحزاء العلة لملكية غيره ، فاذا حصل الفسخ احل العقد الناقل وارتفع ، فارتفع كلا أثره من الملكيتين ، وعاد الملك الى المالك الأول ، فحوز التراد يست بمقتضى قاعدة السلطنة^(٢)

هذا ولكن يشكل عليه بأن الفسخ للعقد مع المقول إليه لا يرفع الأثر بالنسبة الى صاحبه ، ولا وجه لأن يرفع أثره بالنسبة الى نفسه

ثم أنه يمكن تفسير عبارة الشيخ الأنصاري قدس سره بوجه آخر ، بأن يقال : ان كاشفية العقد الناقل عن سبق الملك تتوقف على عدم طرؤ الفسخ ، فمتى حصل الفسخ ورتفع العقد تبين أن حقيقة النقل لم تكن حاصدة ، وأما كان في البيع مجرد إشاء لا يتوقف على شيء ، فلا موضوع لدلالة الانقضاء الكاشفة عن سبق الملك ، وعلى

(١) وبذلك يسبق ملكه على ملك المقول إليه .

(٢) أي لا بالدليل لأول لمشت نحو لرد . فإنه كان مقصوراً على لماحود

بالمعاطاة ، ولا يعلم العائد بعد الفسخ

ذلك والعوضان باقيا على ما هما عليه من الإباحة .

هذا وبوجه عليه أن ذلك منى على كون الفسخ حل العقد من أصله سحر الحقيقة^(١) وكون العقد مشروطاً في تأثيره سحر الشرط المتأخر مصفاً الى أنه لا يلائم تعبير الشيخ الأنصاري بعود الملك ، والعود بالفسخ

قوله « لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الأول ، أو عائداً إليه بالفسخ » .

يمكن تفسير العبارة بأن المباح له حينما نقل ما عنده قد أخرجه عن ملك المسيح ، فأنتم عليه ، وحيث كان كان الدل هو الواقعي (أي المثل والقيمة) ولعوض الآخر باقياً على ملكه ، وإن كان هو المجهول في التعاطي ، فيعود إليه بالفسخ لمكان عود المسدل الى ملكه . كما أنه لو كان الدل هو الواقعي لسقط عن الدمة لمكان عود مدته

قوله . « ويمتلك الثمر بالبيع ، كما تقدم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع » .

يشير بحث الى قوله « ولكن الذي يظهر من جماعة ، منهم قطب الدين والشهيد في باب بيع العاصب »

اقول إن بيع ما العبر حقيقة ، وتمتلك ثمنه لا مانع عن صحته إذا قام الدليل على حواره ، على ما قدمناه من عدم قيام الدليل العقلي

(١) أي لا سحر التمسك بعدم ترتيب الأثر من حين العقد .

أو النقلي على امتناع أن يحرح المال من ملك أحدهما ، ويدخل العوض في ملك صاحبه ، وأن ما يستظهر من البيع ، من تبادل طرفي الاضافة بين البايع والمشتري ، فأنما هو من الاطلاق ، وعدم قيم القرينة على خلافه ، لكن ما يرومه المصنف (قده) على تقدير القول بذلك ، من عود الملك إلى المالك الأول ، وترتب حوار التراد بمقتضى القاعدة ، ليس على ما يسعى . فإنه لو كانت الاياحة هي المعاطاة تشمل هذا النحو من البيع فحيث انها معوضيّة يكون احرار المبيع عن ملك المبيع موحياً لتملكه بدله ، فلا يعقل أن يعود المبيع بالفسخ الى ملكه^(١) لاستلزامه الجمع بين البدل والمبدل . فالصاح له هو الذي يملك المبيع بعد الفسخ لا المبيع ، فلا موضوع لسلطته وجواز تراده . .

والتحقيق ، حسب ما نبي فيما تقدّم : ان المعاطاة بعد ان كان المقصود بها هو التملك ، إنما لا تشمله اطلاقات أدلة البيع بالمقدار المتيقن من دليل الاياحة ، وذلك فيما لم يطرأ على المأخوذ بالتعاطي ما يحرحه عن الملك ، وعلى هذا فلا بد - متى ما طرأ ذلك - من ترتيب أثر الملك على طوق ما قصده المتعاطيان ، ولا مجال لما ذكر من العود بالفسخ وغير ذلك .

٥ - النقل بعقد جائز

قوله : « فالتراد غير متحقق »

أقول ضرورة أنه من التداعل المقتضى لصدور المبدأ من

(١) إذ ان مستلزم المحال محال بالضرورة

الطرفين ، وجواره يتبع امكانه ، وليس بممكن بالفعل ، وتحصيله وإن كان ممكناً ، لكن لا يحب تحصيله فان المتعاطى إنما كان عليه احاطة صاحبه في تراءه إذا كان ما في يده ملكه فلا يحب عليه أن يمسح ويعيده الى ملكه حتى يتمكن صاحبه من التراء .

قلت لو فرض أنه مسح بطعه وأعادته إلى ملكه ، لم يثبت حوار التراء فإنه كان في موضوع المأخوذ بالمعاطة ، ولم يكن يعم المملوك بعد المسح ، وقد تقدم نظيره في البحث السابق
قوله « نعم لو كان غير معاوضة كالهبة . »

يستدراك عن البروم على تقدير القول بالإلحاح ، والمراد بالهبة ما كانت غير لازمة كما هو واضح ، ومحض كلامه . أنه ذا وهب أحدهما ماعده ، فحيث أنه لم يكن يملكه فقد وهب مال صاحبه ، فيحوز لصاحبه الرجوع بنفسه ، وإرجاع الموهوب الى ملكه ، فيتحقق موضوع جواز التراء .

قلت : أولاً - ما ذكره من حوار المالك فيه نظر ، ضرورة أن الوارد في الأدلة هو رجوع الواهب ، فلا يشمل هذا المالك ، لعدم صدور الهبة منه لا مباشرة ولا تسيباً^(١)

الآ أن يقال بتقيح المناط ، بتقريب . أن العلة الثابتة لرجوع الواهب هو كونه مالكا ، ولا دحالة في صدور الهبة منه في ذلك ،

(١) بل ولا يشمل هذا الواهب أبداً ، فإنه غير مالك ، فتكون هبة أحد المتعاطين به على القول بالإلحاح ، هبة لازمة ليس فيها حق الرجوع لواحد منهما نعم لو ثبت أن معاد الذليل هو رجوع الواهب على إطلاقه كان له الرجوع

وانما ذلك مورد .

وثانياً - ما ذكره بقوله « أتجه المحكم بحواز التراد » ان أراد به ما هو ظاهره من تحقق موضوع التراد ، فعليه . أن الرجوع في الهبة لا هو عين الرجوع في المعطاة ، ولا هو سبه ، ولا كاشف عنه . إلا أن يكون المراد هو حصول التمكن من التراد بسبب ذلك

وثالثاً - التراد المحووث عنه في المقام هو ما كان من شؤون الاناحة المعطائية المتعبد بها ، وقد كان موضوعها ما قصد المتعاطيان تملكه ، ولا ثبوت لهذا الموضوع بعد رجوع المالك في الهبة . إلا أن يكون المراد من التراد هو سلطة المالك على ماله .

ورابعاً - لما لم نكن الاناحة في المعطاة - على القول بها - اناحة مطلقة مجانية ، بل كانت بحيال الملكية المفصودة للمتعاطيين ، فكما أنها معاوضة بحو الضمان بالمسمى ، وكذلك هذه وعليه إذا وهب أحدهما ما عنده فقد أخرجه عن ملك صاحبه وأتلفه عليه ، وبمقتضى المعاوضة والضمان ملك صاحبه ما عنده بدلاً عنه ، وحينئذ فرجوعه في الهبة وعود الموهوب اليه يستلزم الجمع بين البدل والمعدل ، كما تقدم آنفاً في نظيره فلا يعقل أن يكون له الرجوع في الهبة^(١)

(١) فالوهب لمباح به هو الذي يكون له الرجوع في بهه ، ورجوعه فيها يسلم ان يملك الموهوب بمقتضى المعاوضة بالضمان ، بل يمكن المصير الى به قد كان ملك الموهوب أو ما قبل لهه ، بمقتضى الجمع بين حوارها منه ، وعموم دليل حوار الرجوع في الهبة ، وعدم ملك رجوع غيره هذا على تقدير نفس رجوع لواهب بكونه مالكاً ، وإلا فالأمر واضح

ولا يتوهم : أن ذلك من قبيل بدل الحيلولة ونسب ملكه
للموهوب يعود البذل الى الواهب المباح له

لإدفاعه بأن بدل الحيلولة إنما هو فيما حال بينه وبين ملكه
حائل ، لا فيما خرج عن ملكه واقتضى المعاوضة والصمان ملك
بدله .

مضافاً إلى أنه كونه من قبيله تنوقف على حوار رجوعه في الهبة ،
وكذا العكس ، وذلك دور .

والحاصل : أن المعاوضة تكون لازمة مطلقاً على كلا القولين ،
فليتدبر جيداً .

قوله : « ولو باع العين ثالث فصولاً ، فأحار المالك الأول . »

أقول . أما بيعه وتصرفه الناقلة فيجوز في ذلك ما يبحث عنه
في أحكام الخيار في بيع من له خيار الفسخ وتصرفاته ، حيث أن جهة
البحث واحدة .

وأما إحارته فهل هي نفسها رجوع ، أو كاشفة عنه ، أو لا يعقل
شيء من ذلك ؟ فيه بحث ونظر ويتبين الأمر من الجواب عما يرد من
جهات الاشكال .

مها : أن إحارته لمالك الأول لا أثر لها ، لعدم ملكه فعلاً ،
وإنما له أن يعيد المثلث الى نفسه ، وذلك معنى يغير معنى الإحازة
(أعني تنهيد بيع الفصول) فكيف يحكم بأن إحازته رجوعه ؟

وفيه أن المالك الأول حيث أنه بصدد تنهيد بيع الفصول ، ولا

يتيسر له ذلك بدون الرجوع ، فهو قاصد له في إجازته ، فيها نحو من الدلالة الالتزامية عليه .

ومنها أن إجازته تتوقف على ملكه ، وهو يتوقف على رجوعه ، فلو كان الرجوع هو الاجارة أو حاصلها بها لزم الدور وفيه . أن المتوقف هو صحة الاحارة وتأثيرها ، والموقوف عليه هو تحقق الرجوع خارجاً فلا دور .

وبعارة أخرى أن الاحارة من حيث صدورها ممن له إعادة الملك الى نفسه رجوع ، ومن حيث تعلّقها ببيع الفصول تنميد وتعدّد الحيثية يمنع عن الدور .

ومنها : أنه لو كانت الاحارة رجوعاً لزم أن تكون سبباً لملكية نفسه وملكية المشتري في آن واحد لمال واحد ، وذلك غير معقول ، وهما ضدّان لا يجتمعان ، بل حيث أن تملك الغير لشيء يلازم إخراجه عن نفسه ، فالاحارة سبب لدخول المال في ملكه ورواله عنه في آن واحد ، وهذا المحدور لا يرتفع تعدّد الحيثية ، فان الاجتماع كذلك يستحيل ، وان تعدّدت الحيثيات .

وفيه : أن المحيز حيث أنه يصدد تنميد بيع الفصول فله إرادة إرجاع الملك الى نفسه ، حتى يتمكن ممّا هو يصدده ، وهذه الارادة هي السبب في عود الملك الى نفسه ، والاجارة كاشفة . وبهذا اللحاظ نقول بأنّها رجوع .

ولا يتوهم . أن الارادة لا أثر لها في باب المعاملات . لا ندفاعه : بأن ذلك في الارادة الباطنة المحضة ، دون المدلول

عليها بقول أو فعل ، ولو إلزاماً . فرجوع الملك الى نفسه مسبب عن إرادته المكشفة ، وحدوث ملك المشتري مسبب عن الاجارة . إن قلت . اذا كانت دلالة الدليل دحيلة في تأثير الارادة فهو مشروط بقيام الدال عليه ، وهو فيما نحن فيه الاجازة ، وحيثد فرجوع الملك الى نفسه يتحقق بعدها قضاء لحق الشرط ، فانه دخیل في فعلية الأثر وعليه يعود المحذور .

قلت انما يتحقق الرجوع بالارادة حين اقترانها بالاجازة الكاشفة ، لا باشتراطها بها حتى يكون الأثر بعدها أو يصار الى تحقيقه قبلها بنحو الاشتراط بالتأخر .

هذا مضافاً الى ان تأثير الاجارة في ملك المشتري لما كان مشروطاً بملك المجيز ، فالملكيتان مرتبتان ، وإحداهما في طول الأخرى ، فالاجارة بما انها كاشفة عن إرادة الرجوع دحيلة في ملك المجيز أولاً^(١) وفي ملك المشتري ثانياً ، من دون أن يحصل الاجتماع بين ملكيهما ، وتأثير امر واحد في تحقق امرين مترتين لا مانع عنه ، سواء كان تأثيره في ذلك سحوا السنية لكليهما ، أو بنحو الشرطية ، أو بالاختلاف .

قوله . « ويعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالاماحة » . أقول الاشكال في إحارة المباح له إنما هو من حيث انه ليس بمالك ، وإنما يحوز له التصرف ، وفي مورد بيع المصول كان هو

(١) مذهب كاتب هذه المقالة سحوا السنية ، أو بنحو كون الدلالة شرطاً في سنية الارادة للرجوع

المتصرف دون المباح له . فإجازته إجارة تصرف الغير ، ولا شأن لها .

ويندفع ذلك . بأن إستناد التصرف الى الفضول ليس إلا بالعناية ، والمتصرف بالحقيقة هو المجيز ، فالتصرف البيعي من المباح له بإجازته .

قوله : « ولكل منهما ردّه قبل إجازة الآخر »

أقول : يحتمل كونه راجعاً الى القول بالملك ، لكننا بحث فيه على كلا القولين فنقول :

أ - أما على القول بالملك ، فالمالك الثاني له الردّ وهو واضح وأما المالك الأول فربّما يستشكل في ردّه من حيث أنه غير مالك ، وإنما له حق الرجوع ، وردّ بيع الفضول أحسنّ عه لكن يمكن أن يقال : لما كان له ان يجبر ، فله أن يرّد ، لمكان التلازم بينهما ، وكما انه كان يقصد بإجازته الرجوع في المعاطاة وترتب عليها تنفيذ بيع الفضول ، كذلك يقصد برّد الرجوع فيها فيملك^(٢) ويكون ردّه موجباً لبطلان بيع الفضول .

ب - وأما على القوب بالاماحة فالمبيح له الردّ فإنه المالك ، وأما المباح له فلا يخلو ردّه من إشكال حيث انه غير مالك ، وليس الردّ يعدّ تصرفاً حتّى يصر الى جوازه وتأثيره .

الأ أن يقال : أنه لما كان له أن يتصرف بالبيع مباشرة ، او بإجازة

(٢) ولو فرض انه أجاز المالك الثاني بعد ذلك ، لم يكن لها اثر ، لخروج المبيع عن ملكه ودخوله في ملك صاحبه .

بيع الفصول فله أن يقيه عند نفسه ، بعدم بيعه ، وبالصع عن بيعه
الصادر من الفصول .

والحاصل أنه بناء على أن كل من له الإجازة له الرد ، يكون لكل
منهما رده على كلا القولين

قوله : « ولو رجع الأول فأجاز الثاني ، فإن جعلنا الإجازة كاشفة
لغا الرجوع » .

أقول : الظاهر أن المراد هو المالك الأول والمالك الثاني ،
والرجوع في المعاطاة يعنى ما إذا كان بالصراحة ، أو في ضمن بيعه لما
انتقل عنه ، أوردته لبيع الفصول .

وإنما لم يقل : لو رجع أحدهما وأجاز الآخر ، لأنه لو كان الأمر
بالعكس ، وكان الرجوع من الثاني والإجازة من الأول صحح كلاهما
حيث أنه رجوع المالك الثاني في المعاطاة يعود ما باعه الفصول إلى
المالك الأول ، وإجازته إجازة المالك بالمعمل ، فيؤثر كل منهما
أثره .

قوله : « فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغا الرجوع »

أقول : هذا على القول بالكشف الحقيقي ، بمعنى كون الإجازة
أمانة على اقتران عقد الفصول بالرضا الباطني من المالك ، والذهاب
إلى الاكتفاء به في صحة عقده واضح^(١) كما أنه لا محال له على

(١) ضرورة أن الرجوع في المعاطاة إنما يؤثر أثره إذا كان المال باقياً في ملك
المتعاطي ، ومع كشف صحة عقد الفصول يبين أنه كان حين رجوعه خارجاً عن ملكه

القول بالكشف الحكمي أو الانقلابي ، فأنهما في حكم النقل الذي سيذكر القطع ببلوغية الاجازة على القول به .

وأما على القول بالكشف بنحو الشرط المتأخر ، سواء جعل الشرط نفس الاجازة أو عنوان التعقب بها ، فربما يقال : أنه يحرى عليه ما ذكر في الكشف الحقيقي ، فإن الاجازة أسبق تأثيراً من الرجوع ، والمدار على سبق الأثر ، فسبق الرجوع على الاجازة لا يرتب عليه شيء فيكون لغواً .

لكن لا يخلو ذلك من نظر فإن الاجازة^(١) إنما تؤثر إذا كان العقد باقياً إلى حين صدورها ، بحيث لم يطرأ عليه ما يبطلها ، حتى يصح انتسابه الى المجيز ، وكونه كذلك يتوقف على عدم تأثير الرجوع اثره ، وذلك يتوقف على تأثير الاجازة ، فلا يمكن ترتب الأثر على الاجازة ، لاستلزامه الدور ، بل لا بد من الحكم بعدم تأثيرها بمقتضى ما ذكر من لزوم بقاء القصد إلى حين صدورها ، كما انه لأجل ذلك يحكم ببطلانها اذا باع المالك متاعه غافلاً عن بيع المضمول ، ثم اطلع على أنه كان قد باعه ، فأحاز بيعه . فكما لا يقال حينئذ بلعوية بيع المالك ، كذلك فيما نحن فيه لا يقال بلعوية الرجوع ، ويرتب عليه الأثر ، ولا يبقى للاجازة مجال .

التهم إلا أن يقال . وإن ترتب الأثر على الرجوع يستلزم

(١) سواء كانت دحية بنفسها من أجل الشرطية أو لمحاذاة كونها طرفاً لعنوان التعقب الذي هو الشرط ، فان هذا العنوان يتوقف ثبوته على محيئه الأثره ، ووجوده في الخارج في نظام التكوين

الدور ، حيث أنه يتوقف على بقاء المال في ملك صاحبه ، حتى يعيده الى نفسه وبقاؤه كذلك يتوقف على عدم تأثير بيع الفضول في ظرف عقده ، وذلك يتوقف على عدم تأثير إحازته ، وعدم تأثيرها إنما هو بسبب ترتب الأثر على الرجوع فتدتر جيداً

٦ - امتزاج العينين :

قوله : « إحداهما لو امتزجت العينان أو إحداهما . . »

أقول : الامتزاج المحووث عنه ما إذا لم تتمثل الصورة الوعية ، ولم يحصل الاستهلاك ، والأ وهو ، بحكم التدف
ثم ان الامتراج تارة : بين كل من العيسير مع الأخرى ، فتحصل الشركة بين مالكيهما على القولين في المعاطاة
وأخرى : بين ما في يد الأحد ، ومال الثالث ، فتحصل كذلك على القولين .

وثالثة : بين ما في يد الأحد مع ساير أمواله ، فعلى القول بالملك لا شركة في السير ، وعلى القول بالاباحة يشترك فيه المعطي والأخذ

ورابعة : بين ما في يده مع ساير أموال المعطي ، وبالعكس من سابقه ، فإنه على القول بالاباحة لا شركة ، وعلى القول بالملك يشتركان فيه .

هذا كله قبل الرجوع .

قوله « سقط الرجوع على القول بالملك لامتناع التراد »

أقول . ينبغي ذكر مقدمة ، وهي إن الشركة الاشاعية بين اثنين مثلاً ، تارة يقال . أنها عبارة عن قيام ملكية واحدة لمال واحد شخصين ، ويدفع توهم محذور قيام عرض واحد بموضوعين ، بأن ذلك في الموحودات الخارجية دون الاعتارية التي تكون الملكية منها .

وأخرى : يقال بقيام ملكيتين بافتتين شخصين مع وحدة المملوك . ويدفع بأن محذور اجتماع الملكيتين إنما هو فيما كانت تأتمن ، وبالنظر الى ذلك يقال ان القسمة عبارة عن ارتفاع ما لكل منهما من الملكية الناقصة على ما أقرز لصاحبه ، وانضمامها الى ملكيته الناقصة على ما أقرز لنفسه ، فيكون لكل منهما ملكية تامة على نصيبه .

وثالثة . يقال تعدد الملكية والمالك والمملوك فكل منهما مالك للنصف المشاع^(١) وكل جزء بفرض للمال ، فان نصفه لأحدهما ونصفه للآخر .

والظاهر من المشهور دهاهم الى هذا القول . ولعله هو الموافق للاعتبارات العقلانية التي يطابقها الاعتار الشرعي ، ولا ينافي ذلك عدم الامتياز بين المالكين في الحارج حيث ان العين لما كانت قابلة للكسور العشرة فكل واحد من المالك كان لكل منهما شيء من الكسور على عددهم ، وبهذا اللحاظ كان ما يملك كل منهما متعيناً يجري عليه ما يجري على سايز الأملاك . وعلى كل تقدير تختلف هذه

(١) هذا في مفروض المثال من كونهما اثنين ، فلو كانو ثلاثة فنكل ثلث ، وهكذا

الملكيّة مع الملكيّة الانفرادية التامة المتعلقة بتعام المملوك .

ثمّ ان هذه الاقوال في الملك المشاع من أصله ، كما لو ورث اثنان من أيهما المال أو ابتاعا معاً شيئاً أمّا لو مزح أحدُ ماله بمال غيره ، أو حصل بينهما الامتزاج قهراً ، فهل تحصل الشركة بأن تتبدّل الملكيّة الانفرادية إلى الوحدة الاجتماعية ، أو تتبدّل من الكمال في دائرة صغيرة إلى النقصان في دائرة كبيرة ، أو يقع بين الأجزاء التبادل في الملكيّة ، أم الملكيّة الأولى باقية على حالها ، وكلّ منهما يملك في نفس الامر ما كان يخصّه من الأجزاء ، وعدم الامتياز خارجاً إنّما يوجب عدم المعرفة بما يختصّ به كلّ واحد لا أنّه يوجب الشركة ؟

ظاهر المشهور حصول الشركة بمجرد الامتزاج ، فأنّه الموافق لاعتبار عرف العقلاء ، فإنّ مالك الممتزح إذا أراد البيع يقول : بعثك ما هولي من نصف هذا أو ثلثه أو رבעه ، إلى غير ذلك . ولا يقول : بعثك ما هولي من الأجزاء في نفس الامر . وهكذا الامر فيما يظهر من الشرع حيث أنّه يوافق اعتباره اعتبارهم ، ولذا لا يجري شرعاً في مثله ما يجري على الاملاك المبهمّة المردّدة بين أربابها .

وبعبارة أخرى . إنّ الملكيّة لا بدّ لها من مصحّح اعتبار ، ويدور أمرها مداره ، فلمّا ارتفع ذلك بسبب المزج وعدم التميز ، فلا بدّ من أن يكون اعتبارها في المتعين من النصف والثلث وغيرهما من الكسور ، فليتدرّج جيداً .

إذا عرفت ذلك فنقول : لما كانت العمومات والاطلاقات تقضى بالملك وال لزوم في المعاطاة ، فإنّها بيع بالحمل الشائع ، وانما يقال

بالحواز أو الإباحة بدليل منفصل ، وحيث أنه لو تمت دلالة محمل يقتصر في الخروج عن مقتضى العموم والاطلاق بالمتيقن منه ، وذلك فيما يمكن ترادّ العوضين بعينهما بمالهما من الامتياز في نفسيهما ، وفي جهة قيام ملكية كل منهما بشخص ماله ملكية تامة ، وبالاتزاج يتمتع ذلك سواء قلنا في المعاطاة بالملك أو بالإباحة ، وسواء قلنا بحصول الشركة أو بعدمه ، فإنه على القول بحصولها قد طرأ الاختلاف^(١) إما في ناحية المالك ، حيث إنه ليس بشخصه بل مع صاحبه أو ناحية الملكية ، حيث أنها صارت ناقصة ، وفي متعلقها متسعة ، أو ناحية ملك العين حيث أنها صارت مشاعة ، وكذا على القول بعدم حصولها أي لقاء الأجزاء الواقعية على ما كانت عليها في جميع جهاتها إلا من حيث الامتياز ، فإن ارتفاع هذه الحيثية تسمع عن ترادّ ما هو مشخص وممتاز غير مشتبه بمال صاحبه أو بمال الغير .

نعم بناء على هذا القول ، وكذا على القول بالإباحة في المعاطاة يمكن المصير إلى الترادّ فيما إذا امتزج ما أحذه المتعاطى بسائر أموال المعطى ، فإنه لورجع المعطى كان ذلك مجرد اختلاف حكمي فقط^(٢) .

أما على القول بالشركة والقول بالملك في المعاطاة فلا يتأتى الترادّ حتى في هذه الصورة ، ضرورة حصول الاختلاف في الملكية

(١) وبهذا البيان يدفع ما ربما يتوهم من أنه بالرجوع يشترك مع صاحبه أو مع الغير ، فإن الشركة تنصر على إمكان الرجوع ، ومع عدمه كيف يمكن حصولها ؟
 (٢) أما في ملكية الأجزاء الواقعية أو في إباحة ما أبيع للمتعاين

الحاصلة للآخذ بسبب المعاظة في جهة من جهاتها على الأقوال
المتقدمة هي معنى الشركة

قوله . « أما على القول بالاماحة فالأصل بقاء السلطنة . »
عرفت مما تقدم ما هو مقتضى العمومات والاطلاقات ، فلا محال
لهذا الأصل ، سواء أريد به الاستصحاب ، أو القاعدة ، الآ في صورة
واحدة ذكرناها آنفاً .

٧- التصرف المغير للصورة

قوله : « ولو تصرف في العين تصرفاً معيئاً للصورة كطحن
الحنطة وفصل الثوب »

أقول : ومثل ذلك سائر الصور العارضية كالصياغة والنسج
والحيطة والسج والعزل ، الى غير ذلك من الامور التي لا تكون
بسسها باقية على ما كانت عليه من الصفات والعوارض .

قوله . « فلا لزوم على القول بالاماحة » .

والسر : أن العين باقية عند المتعاطي ، غير تالفة وغير منتقلة الى
الغير ، ولم تحصل الشركة .

والتحقيق : أولاً - ليس الأمر كذلك على إطلاقه فانه ربما تزيد
قيمته فتحصل الشركة في ماليته ، على ما هو الوجه . وقد تقدم في
نظيره أن الشركة تصح عن الرد ، أو قد تنقص القيمة . فيحصل
الضمان ، نظراً الى أن الاماحة لم تكن مطلقة بل حالة محل
التملك بالضمان الذي قصده المتعاطيان ، وينقص القيمة ، حصل

التلف في ماله مضموناً عليه بالمسمى

وثانياً . المدار في النقاء عند المتعاطي هو النقاء على ما هو عليه ، ويكفي في عدمه محرّد الاختلاف بشيء من هذه العوارض مطلقاً ، حتّى فيما لم ترد قيمته ولم تنقص

وشهد على ذلك ما في الحديث من جعل قطع الثوب ، وخياطته ، وصبعه في قبالة قيمه بعينه ، فقد روى حميل عن أبي عبد الله عليه السلام : « في الرجل يشتري الثوب والمتاع فيجده عيباً قال : ان كان الثوب قائماً بعينه ردّه على صاحبه ، وأحد الثمن ، وان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبع رجع بفحصان العيب »

وثالثاً : كان مقتضى العمومات والاطلاق هو الملك في المعاطاة ، فإنّها بيع بالحمل الشائع ، وحيث كان دليل الإباحة من الإجماع ونحوه مجملًا يقتصر في الخروج عنه بالمتيقّن منه ، وهو ما اذا كانت العين ماقية بعينها لم يطرأ عليها شيء من تلك الأمور ، فالأقوى هو لزوم وحصول الملك .

قوله . « وعلى القول بالملك ففي اللزوم وجهان مبينان على جريان استصحاب جواز التراد » .

أقول . فيه أنّه - على ما تقدّم - لا محال للأصل مع تلك العمومات والاطلاقات القاصية بلزوم الملك ، سواء قيل بأنّ الموصوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي ، وفي (المسالك) . « عن بعض الأصحاب القول باللزوم مع طعن الحطة وصنع الثوب ، لامتناع التراد بسبب الأثر المتجدّد » .

ولعلّ ذلك بالنظر الى ما ذكرناه من أن حوار الترادّ أما يُصار اليه مع بقاء العيين على ما هما عليه في جميع جهاتهما ، فليتدرّ حيداً .
قوله : « ثمّ أنّك عرفت ممّا ذكرناه . . . » .

أقول : لم يتقدّم ذكره صريحاً ، وإنّما عُرف ذلك من فحوى كلامه^(١) حيث جعل حوار الرجوع في قبّال جواز البيع الحيارى ، وحكم أنّه ليس مثله في كونه من عوارض العقد .

وبالحملة فالظاهر أنّه لا ريب في أنّ جواز الرجوع في المعاوضة حكم بمعنى الترحيص ، لا أنّه حقّ وحكم وضعيّ ، ولو شكّ في ذلك فآثار الحقّ لا ترتّب مقتضى اصالة العدم .

قوله : « نظير الفسخ في العقود اللارمة »

أي في كون جوازه ناشئاً عن الحقّ وإن كان نظيره في انحلال العقد بسببه ، ولعلّه لذلك عبّر بعض بجواز الفسخ في المعاوضة ، لكنّ الفرق بينهما أنّ خيار الفسخ حقّ حلّ العقد ابتداءً ، والرجوع في المعاوضة يرفع الموضوع فلا يبقى العقد .

قوله : « حتّى يورث بالموت » .

أقول : بمقتضى عموم قوله . « ما ترك الميّت من مال أو حقّ فهو لوارثه » .

قوله : « وعلى القول بالاباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام » .

أقول : يتوجّه عليه أنه لو كان كذلك ، لزم أن لا يرث الوارث ما

(١) عد كلامه ، في الأول من مبررات المعاوضة وهو التلّف

كان في يد المورث ، ولا يباح له التصرف فيه ، ولرم المصير إلى بطلان المعاطاة بالموت ، مع أن السيرة المستمرة قائمة على تعلق الموارث بما كان في يد المورث كما تقدم من بعض الأساطين في ما ذكره من تأسيس قواعد جديدة ، فلا محالة يستكشف الملك آنأما قبل الموت .

قوله . « بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التصرف » .

أقول : كيف يحكم بذلك مع القول بأن الإباحة قد ثبتت بدليل شرعي على خلاف ما قصده المتعاطيان من التمليك ؟ فإنه يبنى عليها حتى مع العلم بالكراهة باطناً .

التهم إلا أن يقال بالاجمال في دليل الإباحة ، واحتمال كونها على طبق الرضا المستكشف ضمناً من تسليط كلٍ منهما صاحبه على ماله .

وعليه لو علم المتعاطي بأن صاحبه يكره تصرفه بغير جهة الملك لم يجز له التصرف من الأول .

قوله : « لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك »

أقول . فإن الحواز كان للمتعاطي دون وارثه ، والمفروض أنه لا يرث الحواز ، وكذلك لم يجز أن يرجع الطرف الآخر على وارث الميت فإنه قد انتقل الملك منه إليه ، ويسقط حواز الرجوع كما كان يسقط بالنقل اللازم . ولا مجال لاستصحاحه لتبدل الموضوع

ثم ان المصنف (قدّه) حيث بنى عدم حوار ذلك على القول بالملك يستظهر منه جواره على القول بالاباحة ، وهو في غية الاشكال فان الاباحة كانت معاوضيّة ، وهي قائمة بطرفيها ، وقد خرج الميت عن كونه طرفاً ، والوارث لم يكن طرفاً لها من الأول ، فالعمومات والاطلاقات القاصية بالملك في بيع المعاوضة تؤثر أثرها ، ويحكم بحصول الملكية حين الموت أو اناً ما قبله^(١) وحيث ان هذه الملكية لا دليل على كونها حايرة فهي لارمة ، فليس للوارث الرجوع ، ولا يكون عليه الرجوع .

وبذلك يظهر ما في كلام بعض الأساطين من مشايخنا من أن الوارث حيث يملك ما في يد الحي وبالعكس فيثبت حوار الرجوع من باب تسلط المالك على ماله .

قوله « قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين » .

أقول : كيف يمكن المصير الى ذلك على القول بالملك ؟ فان الولي يقوم مقام المحتون في امواله لا في أحكامه ، وحوار الرجوع ليس من شؤون المال ، وإنما هو حكم يتعلق به بشرائطه ، فلا محيص من المصير إلى اللزوم ، لامتناع تراذ العوصيين على ما هما عليه ، من حوز لرجوع لشخص كلا الطرفين ، بل يمكن المصير ليه حتى على القول بالاباحة ، بطراً الى أن الاباحة المعاوضيّة بين الطرفين قد سقطت عما هي عليها ، لعدم الاعتار باباحة المحضون ،

(١) الترديد سحاط أن الميت لا يملك ، ولو فرض ملكه فانما هو في دائرة تلك لا

جميع المال .

وسلطنة الطرف الآخر على ماله إنما تترتب لو لم تقص العموماً
والاطلاقات حصول الملك بسقوط الإباحة المعاوضة

هل تصير المعاطة بعد التلف بيعاً

قوله : « السامع » ان الشهيد الثاني ذكر في (المسالك) وجهين
في صيرورة المعاطة بيعاً بعد التلف ، أو معاوضة مستقلة »

اقول : يبحث في المقام عن شمول أدلة الخيارات للمعاطة بعد
التلف والتصرف الملموم ، وأما قبله فلا معنى للخيار . ضرورة أن
المعاطة على جميع الأقوال يحوز فيها الرد والاسترداد ، فتبيح الخيار
حاصلة ، ولا معنى لتحصيل الحاصل .

ولا يتوهم إمكان أن يحتتم حوار ذلك مع الخيار ، كما يحور أن
يجتمع خياران بسببين .

لاندفاعه : بأن اجتماع الخيارين إنما هو لأجل أنه يمكن التوصل
بكلّ منهما الى النتيجة مع عدم كونها حاصلة

وبالجملة : كلام الشهيد الثاني (قدّه) في الوجهين متين على
المشهور من القول بالإباحة ، كما ذكره المصنف (قدّه) وظاهر كلامه
أنه لا يرى المعاطة قبل التلف بيعاً ولا معاوضة مستقلة ، حيث قيد
التريد بينهما بما بعد التلف ، ويقال له ما يذكره المصنف أخيراً عن
حواشي الشهيد الأول من الحكم بأن المعاطة معاوضة مستقلة ،
جائزة أو لارمة أي في حال الحوار وهي ما قبل التلف ، أو في حال
اللزوم وهي ما بعده .

ثمَّ إنّ العمدة فيما استشكله الشهيد الثاني في جريان خيار الحيوان هو أنّ المعاطاة على قول المشهور ليست بيعاً قبل اللزوم ، فلا مجال لهذا الخيار ولا لآيائه الثلاثة ، وأمّا بعد اللزوم فليس التصرف الملزم معاوضة حتّى يصدق عليها البيع ، وبطريق أولى ليس التلف كذلك ايضاً ، فلا مسرح لخيار الحيوان أصلاً .

وقد استدركه بالمصير إلى كون التلف والتصرف الملزم متمماً للبيع ، لكن قوًى خلافه ، ثمَّ حكم بحريان خيار العيب والغيب على كلا التقديرين من كون المعاطاة بعد التلف بيعاً أو معاوضة مستقلة لأجل عدم اختصاص دليلهما بالبيع ، وحكم بانتفاء خيار المجلس . والظاهر أنه لأجل ما ذكره من الإشكال في خيار الحيوان .

قوله : « فإذا لم كان بيعاً لارماً فتلحقه احكام البيع » أي إذا لم بالتلف لحقته الأحكام ، ومن حملتها ثبوت الخيار

أقول : أمّا خيار المجلس فلا محال له إلّا بعد أن يفرض التلف أو التصرف الملموم في مجلس التعاطي ، فأنه قبله لا معنى له مع ما للمعاطاة من حواز الترادّ على ما ذكرناه انما ، فالتلف ، والتصرف الملموم يرفع حوار الترادّ ، فيرتفع المانع عن ثبوت خيار المجلس . وبهذا اليان يندفع ما ربما أمكن أن يتوهم من أن كون التلف والتصرف سبباً للزوم كيف يجتمع مع حدوث الخيار بهما ، فأنه من قبيل ما يلزم من وجوده عدمه .

ثمَّ إنّ ما ذكرناه من ثبوت الخيار منيً على عدم جريان قاعدة

التلف في زمان الخيار^(١) وإلا فلا معاطاة ، ولا خيار .

وأما خيار الحيوان فان تلف الثمن أو حصل فيه التصرف المبرم
فذلك يوجب اللزوم في طرف البائع فلا يحوز له الترادد أما المشتري
فله الخيار لو كان ذلك في الأيام الثلاثة من المعاطاة ، وهي مندوها ،
وان تلف الحيوان أو حصل فيه التصرف المبرم فلا خيار أصلاً ،
فإنهما ان كانا بعد انقضاء الأيام الثلاثة فلا محال لخيار الحيوان ، وإن
كانا في الثلاثة فالتلف يوجب بطلان المعاطاة لقاعدة التلف في زمن
الخيار^(٢) والتصرف يمنع عن حدوثه فإنه من مسقطات خيار
الحيوان ، الدافع للشيء بعد وجوده يمنع عن حدوثه .

وأما خيار العيب فيشت مع التلف والتصرف المبرم ، سواء حصل
شيء منهما قبل ظهور العيب أو بعده ، لكن ذلك بالإضافة الى الأرض
دون الرد ، لعدم كون المعيب قائماً بعينه مع حصول أحدهما .

وأما خيار العس فان كان التلف والتصرف قبل ظهوره فلا إشكال
في ثبوته ، وان كان بعد ظهوره فيستبي الخيار على عدم فوريته أو
يفرض حصولهما في ان ظهوره

وأما خيار الشرط بمعنى اشتراطه الى أمد ، فلا محال له مع
حصول التلف لا قبله ، لمكان ثبوت حوازل لترادد الذي يلغو معه ثبوت

(١) اشارة منه قدس سره الى الخلاف في حريتها في مورد خيار بمجلس تنويع ن
الاحتماع ولافتراق أمر رماني ، وأسس مثل مورد خيار بعين وعين وعبرهما فمالبس برماني
ولا يشمل عوان التلف في زمن الحيوان

(٢) وهذه القاعدة مسمة في خيار بحيوان والشرط

الخيار ، ولا بعده لمكان جريان قاعدة التلف في ركن الخيار الموجبة لبطلان المعاملة .

أما مع حصول التصرف الملمر ، فعلى القول بحوار التصرفات الناقلة في ركن الخيار لا مانع منه فيثبت وتترتب عليه آثاره .
وأما خيار الرؤية ، وتخلف الشرط ، ونقص الصفقة ، وبحو ذلك فثبت كلها بحصول شيء من التلف والتصرف

وأما خيار تأخير الثمن فلا موضوع له لكونه مشروطاً بعدم قبض المبيع ، ولا معاطاة مع عدمه فيتبدّر جيداً .

قوله : « عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار » .

أقول ، لا حاجة الى استعادة ذلك من الدليل ، فانه - على ما تقدم - لا مجال للخيار مع كونه العقد جائزاً في نفسه ، حيث انه حيث من قبيل تحصيل الحاصل .

ثم انه لو أراد من البيع العقدي ما يكون باللفظ ، فلا مجال لاحتمال استعادة توقف ثبوت الخيار عليه من شيء من الأدلة .

قوله . « فالأقوى أنها على القول بالامانة بيع عرقي لم يصححه الشارع ولم يحضه إلا بعد تلف إحدى العيين أو ما في حكمه »

أقول : هذا هو عين ما ذكره الشهيد الثاني بقوله . اللهم إلا أن يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه ، ضرورة أن عدم إمضاء الشارع إلا بعد التلف أو التصرف الملمر ليس إلا جعلها شرطاً فيبيع

المعاطاة في نظر الشارع مقتصر ، وتتوقف فعليّة ترتّب الأثر عليها ،
على حصول الشرط حتّى تتمّ به العلة

وهذا هو الذي لا بدّ من المصير اليه على القول بالإباحة بتقريب
أنّ المعاطاة المقصود بها الملك يبيع عرفاً وتشمله الاطلاقات
والعمومات الدالة على الصّحة واللزوم وأنّما كان الخروج عنها الى
حين التلف والتصرّف بسبب قيام الدليل عليه ، فيستكشف بدلالة
الاقتضاء اشتراط كونها بيعاً شرعاً بحصول واحد منهما .

وعلى هذا فيحكم بجميع أحكام البيع ، ومنها الخيارات عند
كونها كذلك .

وأما على ما يترأى من القائلين بالإباحة من إجمال العمومات
والاطلاقات ، وعدم شمولها للمعاطاة فاللازم عدم ترتّب شيء من
الاحكام والخيارات على المعاطاة لا من أوّل الامر كما هو واضح ،
فأنّها ليست ببيع ، ولا من حين التلف والتصرّف ، فإنّ التلف لا يُعقل
كونه بيعاً ، والتصرف الملزم مثل النقل الى الغير لا ربط له بالمعاوضة
بين المتعاطيين ، فلا معنى لأن تكون مبايعة بينهما .

وعلى ذلك فالملكية الحاصلة بالتلف والتصرف ، كحصولها
بسائر الأسباب من الحيازة وإحياء الموات وإلّث دون ان تستند الى
البيع . وبالجملة ، إنّما يمكن الحث عن ترتّب الخيار إذا قلنا بالإباحة
على التقريب الذي ذكرناه .

اذ تمهّد ذلك فنقول : أمّا خيار المجلس فلا اشكال فيه إن حصل
التلف أو التصرف قبل الافتراق كما لا إشكال في عدمه إن حصل

أحدهما مع كون المتبايعين مفترقين .

وأما إذا اختلفا عن المجلس ، وكانا محتمعين حين التلف أو التصرف ، فإن قلنا بأنهما شرط متأخر وكاشف عن حصول الملك من حين المعاطاة فلا خيار أيضاً لانقضاء المجلس ، وإن قلنا بأن لهما حكم النقل ، فربما يقال بالخيار بلحاظ اجتماع المتبايعين في هذا الحين ، فإن فيه تسم العلة ، ويتحقق البيع لكنه مشكل لخروجه عن أدلة خيار المجلس .

وأما خيار الحيوان : -

أ - فإن حصل التلف أو التصرف في شهر قبل انقضاء ثلاثة أيام من حين المعاطاة ، فلا إشكال ، والمشتري له الخيار .

ب - وإن حصل بعد انقضائها فكذلك نأى على كونها شرطاً سحوا النقل كما هو مقتضى التحقيق ، فإن مبدأ الثلاثة حينئذ من حين حصولها ، لا من حين المعاطاة ، بخلاف ما لو قيل بالكشف فإنه لا يبقى مجال للخيار ، ضرورة أنه على هذا القول كان مبدأ الثلاثة من حين المعاطاة ، والمفروض انقضاؤها .

ج - وإن حصل أحدهما في الحيوان فلا خيار أصلاً سواء كان حصوله في الأيام الثلاثة من حين المعاطاة أو بعده ، وسواء قلنا بأن شرطيتهما بنحو النقل أو الكشف .

لكن في بعض الصور يكون ذلك لأجل بطلان المعاطاة ، وفي بعضها لأجل المانع .

وتفصيل الكلام هو : أنَّ الذي حصل إن كان هو التلف وقلنا

بالقل فلا يعقل الخيار ، ضرورة أن التلف في رمن الخيار لما كان
مطلقاً لبيع ، فمن تحقق البيع بسبب التلف يلزم عدم تحققه^(١)
فيستحيل كونه متمماً للمعاطاة ، وموجباً لحصول الملكية .

وان قلنا بالكشف ، فإن كان التلف في الأيام الثلاثة من حين
المعاطاة فلا خيار ، والمعاطاة باطلة من أصلها ، لما يدرم من صحتها
عدمها ، بالنظر الى التلف في رمن الخيار ، وان كان التلف بعد تلك
الأيام فلا خيار لانقضاء الثلاثة ، لكن المعاطاة صحيحة

وان كان الذي حصل هو التصرف بالمعاطاة صحيحة ، ولا
مجري لقاعدة التلف ، لكن الخيار لا محال له على كل حال ، فإنه
ساء على القل يكون التصرف مانعاً عن حدوثه فإن ما يرفع الشيء بعد
وجوده ، يكون مانعاً عن حدوثه^(٢) .

وأما ساء على الكشف فهذا التصرف إن كان في الثلاثة من حين
المعاطاة فهو مسقط للخيار ، وان كان بعد انقضائها فلا مجال
للخيار .

تسبه : ظهر مما ذكرناه فيما تقدّم وما هنا ، أن خيار الحيوان لا
يتأتى لا على القول بالملك ، ولا على القول بالامانة فيما يحصل
التصرف أو التلف في الحيوان فليبتدّر حيداً

(١) قد ساء على أن لملك يحصل بالتلف ، وأما ساء على حصوله في الآن بعدم
عليه ، ففي ذلك لأن قد حصل الملك ، ورتب الخيار لكن لسبب أنطه
(٢) توصيحه أن تصرف مسقط لخيار الحيوان ، ومداً أيامه ثلاثة ساء على لمن
هو من حين التصرف ، فبيع الذي يحقق به لا يعقل أن يكون فيه خيار ، حكى أنه مسقط
له

وأما خيار العيب فيجري بالاضافة الى الأثر دون الرد ، لعدم
كون المبيع قائماً بعينه من دون فرق بين حصول التلف أو التصرف ،
وسواء كان حصول أحدهما قبل ظهور العيب أو بعده
وأما خيار الغبن فيشت لو ظهر الغبن بعد التصرف والتلف ،
وبالفسخ تلزم عرامة المثل أو القيمة

وأما لو طهر العن قبلهما فلا خيار حيث لا بيع ، وحيث أنه
يحدث الخيار بعد حصول واحد منهما بلحاظ تمامية البيع عنده ، أو
لا ؟ فيه إشكال ، بناء على أن مدرك هذا الخيار هو قاعدة لا ضرر ،
فإنه قد كان له التراذ قبل أن يتم البيع ولم يفعل ، فهو مُقَدَّم على ضرر
نفسه ، فلا يشمل له دليل لا ضرر .

نعم إن قلنا بأن الإقدام على الضرر لا يمنع عن شمول القاعدة أو
قلنا بأن مدرك خيار العبن هو اشتراط تساوي العوصين في المالية
والخيار خيار تخلف الشرط ، فلا مانع من حدوثه .

وأما سائر الخيارات فكل ما لم يكن التلف والتصرف مسقطاً له ،
يحدث بحصول واحد منهما على النقل ، ويكشف عن الحدوث عن
الكشف ، وكل ما كان شيء منهما مسقطاً له ، فلا محال لحدوثه ،
سواء قلنا بالنقل أو الكشف ، فليتدرج جيداً

هل يلحق بالمعاطاة

القول المفاقد لبعض الشروط ؟

قوله : « الثامن لا إشكال في تحقق المعاطاة المصلحة التي هي
معركة الآراء بين الخاصة والعامة بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو

الإباحة بالفعل ، وهو قص العيب ، أما إذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم »

أقول : الكلام في هذا التنبيه في أنه هل يلحق بالمعاطاة في حكمها من الملك أو الإباحة ، القول الماقد لعص ما يعترف في اللزوم عند القائل باعتباره ، أم أنه يقع سداً ؟ وعلى تقدير لحوقه كيف يجمع بين المصير إليه ، وبين إطلاق كلامهم في أن العقد القاسد - ولو من حيث احتلال شرائط الصيغة - وجوده كالعدم ، لا يترتب عليه أثر ؟

قوله : « أما إذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم »

أقول : أي غير الجامع لجميع ما يحتمل دخاله في اللزوم ، أو لجميع ما قيل بدخاله فيه . وحينئذ فعلى القول بعدم الحاجة إلى جميعها والاكتفاء بالإشياء اللفظي في حصول اللزوم ، فهو عقد لازم في حد نفسه ، ويخرج مما هو المبحوث عنه في المقام عن لحوقه بالمعاطاة ، كما هو واضح . أما على القول باعتبار جميع ذلك ، فلا محال للمحكم باللزوم ، لكن هل بسبب اختلال بعضها يحكم بفساده ؟ أو بصحته بنحو الحواز فيلحق بالمعاطاة^(١) ؟

ويما ذكرناه تبين عدم ورود ما أشكله العلامة الحراساني من الخلف ، حيث كان المقسم المفروض في كلامه غير الجامع لشرائط ، ثم ذكر التردد بين القول بعدم الاشتراط وعدم القول به .

(١) من الواضح أن اللزوم أخف من لصقة ، ولا يبرم من علمه عدمها

قوله : « بشيء زائد على الانشاء اللفظي »

أقول من قِيل اغتار العرسة ، او الصراحة ، أو تقدّم الايجاب على القول ، ونحو ذلك ممّا يرجع إلى مرحلة العقد ، دون ما هو راجع الى شرائط المتعقدين أو العوصيين فإن ذلك يسعي أن يكون خارجاً عما هو المحووث عنه في المقام ، ضرورة أن اللزوم والحوار من عوارض السبب كما تقدّم سابقاً ، وعنده يتأتى المصير الى كونه عقداً لازماً على القور بالاكتهاء بالانشاء اللفظي

وأما احتلال الشرائط في غير مرحله ، فلا بدّ معه من الحكم بالفساد عند من يعنرهما ، ولا يرتبط بالاكتهاء بذلك على ما ذكره المصنف . ثم إن الانشاء بكتابة سبب المعاملة أو إمضائه إذا كنهه غيره ، هل يقوم مقام الانشاء اللفظي أم لا؟ يسعي أن يبحث عنه ، ولعله يتّضح الأمر في ذلك ممّا سذكره إن شاء الله من أن المدار في المعاطاة على صدق عنوان المعاملة على ما يشئ المادكون حسب ما قصدها من التمهيد أو غيره بأي نحو من أنحاء الانشاء حتى ما لو امكّ الانشاء عن التعاطي ، وكان حريث من معاملة واحدة أي حتى إذا لم يكن الانشاء بنفس الاعطاء بل بأمر آخر ، وحصل بعده التعاطي

قوله : « فهل يرجع ذلك الانشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطبقاً أو بشرط تحقق قصص العين معه ؟ »

توضيح الكلام : أنه لو لم نقل بأن الانشاء كذلك عقد لازم .

فتارة لا يتعقّبه شيء من إيصال العوصيين أو وصولهما الى الطرفين .

وأخرى يتعقده الايصال المقصود به الحري على مقتضى
المعاملة أو الوصول كرهاً وجبراً .

وثالثة يتعقده الايصال مع الرضا بالتصرف مطلقاً حتى على تقدير
إفساد المعاملة وفي حكمه ما يتعقبه الوصول كذلك .

ورابعة يتعقبه الايصال مقصوداً به إنشاء المعاملة تأكيداً أو احتياطاً
لاحتتمال فساد ما كان أو بدلاً لو كان يعلم بالفساد .

أقول : ما حكم به المحقق والشهيد الثانيان من كون الفاقء لشرائط
الصيغة معاطاة يحتمل أن يكون المراد به الصورة الثالثة فإن العادة
جارية على الايصال .

وتقريب كونه معاطاة حقيقة^(١) مع أن ظاهر كلام المحقق الثاني
أن ما جعله من شرائط الصيغة هي شرائط الصحة ، هو أن المعاطاة
عبارة عن المركب من إعطاء المال لغيره وإشاء ما قصده من
التملك ، سواء كان الإعطاء إله لإشائه أو كان القول هو الآلة وبه
إشائه ، فالقول وإن لم يكن له أثر في نفسه ، لكونه فاقداً لشرائط
الصحة ، لكن إنشاء التملك قد وحد تكويناً في الخارج ، وبانضمام
الجزء الآخر - وهو الأعطاء - تتحقق المعاطاة ، وتؤثر أثرها .

وبعبارة أخرى . المعاطاة مركبة من حزئين . أحدهما الانشاء ،
والآخر الاعطاء . وهذا الجراء ان تارة يكونان مقتربين ، كما إذا أنشأ
التمليك بالاعطاء ، وأخرى تدريجياً ، كما إذا كان الإشاء بالقول ،

(١) حيث قال المحقق الثاني لو أوقع البيع بغير ما قصده ، وعلم التراصي مهما كان
معاطاة على الحقيقة ، لا أنه في حكمها

نتيجه بهذا البيان يحصل التوفيق التام بين المصير إلى ترتب
الآثر على القول الفاقد لشرائط الصحة ، سواء على أنه بيع فاسد ،
وبين الحكم بحرمة التصرف في المعاملة الفاسدة ، وأن القبض بعده
موجب للصمام . فإن الحكم بذلك إنما هو في الصورة الثانية أي ما
كان الاتصال لأجل الحري على مقتضى المعاملة أو الوصول كرهاً .

ثم أنه يحتمل أن يكون مراد المحقق والشهيد الثانيين الصورة
الأولى ، بتقريب : أن المراد من شرائط الصيغة شرائط البروم دون
الصحة (١) . وحيثد القول الفاقد لها يوجب الملك بمقتضى العمومات
والاصلاقات ، ويكون حائراً بمقتضى فقدان الشرائط فهو معاطاة
حكماً (٢) .

ثم إنه ظهر مما ذكرناه ما يناسب كلاً من الصور الثلاثة وأما
لصورة الرابعة فحكمها من حيث كونها معاطاة في غاية الوضوح حتى
فيما كان سحو التأكيد ، عند فساد ما قصد تأكيده لا يسري إلى ما
يؤكد به

قوله « وربما يجمع بين هذا الكلام ، وما تقدم من المحقق
والشهيد الثانيين فيقال . . . » .

أقول . من الواضح أن الحاجة إلى الجمع بينهما إنما هي على

(١) وإن كان ذلك على خلاف ما يظهر من العبارة

(٢) وهذا بخلاف ما ذكره سيدنا السيد محمد بن سريته أيضاً ، حيث يكون معاطاة موضوعاً

وحقيقة ، لا حكماً

أساس أن ما ذكر من شرائط الصيغة هي شرائط الصحة ، وأنها بدونها عقد فاسد . وإلا فلو كانت هي شرائط اللزوم ولعقد الفاسد في كلامهم يختص بما كان فاقداً لشرائط المتعاقدين أو شرائط العوضين .

ثم إن هذا الجمع من صاحب (مفتاح الكرامة) وملخصه : أن إيصال العوضين إن كان بقصد الحري على صحة العقد ، فحيث أنه منوط بها لا يكون له أثر ، ويحري عليه ما يقال في العقد الفاسد ، وإن كان لا كذلك ، بل بما أن لهما الرضا بالتصرف بنحو الإطلاق ، فيكون له أثر المعاطة .

ومدّخص الاشكال عليه أن هذا الرضا بالتصرف :

- أ- إن كان هو رضاه بأن يتصرف في ماله صاحبه ، فلا دليل عليه ، فإن إنشاء التملك الذي صدر منه لا بعته ولا يحدّ إليه
- ب- وإن كان هو رضاه بأن يتصرف صاحبه فيما مده بالعقد ، فلا أثر له .

ج- وإن كان الرضا بشاهد الحال على كل تقدير فذلك إنما يوجب حواز التصرف ، وحيث إن الرضا هو إباحة محايّة ، أو إباحة معوضة ، أو إباحة بعوض إباحة وعلى كل تقدير لا وجه لحريين حكم المعاطة عليه من اللزوم بالملزمات

وبعبارة أخرى : إن ذلك عبارة عن الرخصة ، ولا ربط لها بالمعاوضة التي هي جعل عوضية شيء عن شيء في الملكية أو غيرها ، فلا يكون من قبيل المعاطة

مناقشة المحقق الأخوند في بيان الجمع :

ثم ان العلامة الحراساني ذكر في تعليقه في بيان الجمع ما ملخصه . إن الصّحة والفساد حيث إنهما من الأمور الاضافيّة ، فالعقد الماقد للشرائط فاسد من حيث جهة عقديته ، وصحيح من حيث كونه بمثابة المعاظة

وقال . ان الحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن ان يرل على أنه حكم اقتضائي لا فعلي ، بمعنى أن قضيّة فساد بما هو عقد ، ذلك ، لو لم يحيء في البين الحكم بصّحته بوجه آخر ، أي بما هو بيع بغير العقد .

وعقب كلامه هذا بقوله : « وهذا أحسن ما يقال توفيقاً بين ما ذكر في المقامين » .

أقول : ما ذكره في غاية البعد عن كلامهم ، فإنهم يحكمون بالفساد بقول مطلق ، ويرون الضمان بالفعل ، لا بمجرد الاقتضاء . مناقشة السيد الطباطبائي في وجه الجمع .

ثم ان العلامة الطّباطبائي قد ذكر في تعليقه في بيان الجمع بين القولين . أن المتعاملين إن كان غرضهم البيع الصحيح اللازم ، فما أشيء بالقول الماقد للشرائط ملحق بالبيع الفاسد ، والمقصود به موحب للضمان ، وإن كان غرضهما اشاء البيع والتملك مطبقاً من غير نظر الى الثلروم وعدمه ، فحاله حال المعاظة .

أقول . لا دليل على جريان حكم المعاظة عليه شرعاً ، من

الملك الحايِز أو الإباحة التعديّة ، وصيرورته لازماً بالملزمات وإن
اراد حصول الرضا بالتصرف ، فذلك إباحة معوّضة ، أو إباحة بعوض
إباحة ، كما ذكرناه فيما تقدم .

والحاصل . أنه إما أن يجمع بين القولين بما قدمناه في شرح
كلام المحقق الثاني ، وإما أن يحمل إطلاق ما ذكرناه في العقد
الفاسد على ما إذا كان فاسده من اختلال شرائط المتعاقدين أو
العوضين بالتفصيل المتقدم بيانه^(١) فينتدّر حيناً

(١) وهذا هو الأرجح فإنّ القول بصحّة القول لعاده بما يذكر من شرائط ممّا يفصّل به
العمومات والاضلاقات ، ولا حاجة إلى شمول هذه المعاصرة له ، فإنه لم يرد عمومها في آية
ولا رواية ، وعاية ما يمكن . يشترط عليه هو جعل تلك شرط شرط بلزوم ، فأثر ذلك
لقول هو الصّحّة ، وحصول نمك الحائر ، لكن هذا محذور السّر ، وإلاّ فهو مقتضى
العمومات والاضلاقات ملك لازم

(محتويات الكتاب)

تعريف سبيع في النعمه	٧	تعريف لسبع عند الفقهاء	٣٥
اشكال المحقق الأحوي، وحواله	٨	تعريف محتر عند الشرح	
مناقشتنا للمحقق الأصمعي	١٠	الأنصاري	٣٧
مبادله في ملكية أم مال؟	١٠	رد إشكال عدم شمول تعريف سبيع	
احتصاص المفروض بكونه عسا	١٢	لدبر على من هو عليه	٣٨
ستعمال السبع في نقل المنفعة	١٣	رد إشكال صدقه على لشرء	٣٨
سعمال لأجاره في نقل بعض		رد إشكال انتقاص طرده بالصالح	٣٩
الأعيان	١٦	إخراج الفرض من التعريف	٤١
جور كون المفروض منعه	١٧	سبع سبيع في معاد أخرى	٤٣
جعل العمل عوضاً في سبيع	١٨	هل سبيع اسم للصحيح؟	٤٧
جعل الحق عوضاً في السبع	٢٠	السبع بالتعاطي	٥١
أقسام الحق	٢٤	حكم السبع بالتعاطي	٥٥
ما هو الحق؟	٢٦	حرر عن سبيع	٥٥
حقيقة الملكية	٣١	الأقوال في المعاوضة	٦١
عودة إلى الحقوق العديله		توجيه القبول بالملك	٦٢
لانتقائ	٣٤	الاستدلال بأية حل السبع	٦٤

١١٥	مناقشة الاحتمالات	٦٨	الاستدلال بآية التحارة عن تراخي
١١٨	تحريم الربا في المعاطاة	٦٩	الاستدلال بحديث السلطة
١٢٠	هل يجري الخيار في المعاطاة؟	٧٢	لاستدلال بالسيرة
	٢ - هل تتحقق المعاطاة بالاعطاء		الاستدلال بآية ﴿أوفوا﴾
١٢٢	من جانب واحد؟	٧٣	بالعقود
١٢٦	نظره في الصور الأربع		هل يشترط الايجاب والقبول
	٣ - كيف يتمم البائع من المشتري	٧٤	المعطيان؟
١٣	في المعطاة؟		إشكالات كاشف العطاء، ومناقشة
	٤ - أقسام المعاطاة بحسب قصد	٧٦	الشيخ الأنصاري لها
١٣٣	المتعاطيين	٧٦	الاشكال الأول وجوابه
	٥ - هل تجري المعاطاة في غير	٧٩	الاشكال الثاني وجوابه
١٤٧	بيع	٨٢	الاشكال الثالث وجوابه
١٥١	٦ - ملزمات المعطاة	٨٧	ما قسنت لأمثله
١٥٣	١ - تلف لعوصي	٨٩	الاشكال الرابع وجوابه
١٥٧	٢ - تلف إحدى العينين	٩٠	الاشكال الخامس وجوابه
	٣ - لو كان أحد لعوصي دب	٩٣	تقوية القبول بدروم
١٦٣	في الدعة		تحقيق الكلام في قوله: (إنما يحل)
	٤ - نقل العينين أو أحدهما بعقد	١٠٥	الكلام وتحريم الكلام)
١٦٧	لأرم	١٠٩	مناقشة الوجوه المحتملة في ذلك
١٧٣	٥ - النقل بعقد جائز	١١٤	تسيهات المعاطاة -
١٨٢	٦ - إمتراج العينين		١ - هل يعتبر شروط البيع في
١٨٦	٧ - التصرف بالمعبر للصورة	١١٤	المعاطاة؟







32101 073381947

(ARAB)

KBL

.M54

qism 5